

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.419.411 SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
RECTE.(S) : ISMAEL SANTOS DA SILVA
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO: Trata-se de agravo cujo objeto é a decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado (eDOC 16, p. 1/2):

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E PELO CONCURSO DE PESSOAS E FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E PELO CONCURSO DE PESSOAS, NA MODALIDADE TENTADA (ART. 155, § 4º, INCISOS I E IV, E ART. 155, § 4º, INCISOS I E IV, C/C ART. 14, INCISO II, TODOS DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DEFENSIVO. PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO DE DOIS ACUSADOS ANTE A INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INSUBSISTÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS NOS AUTOS. DEPOIMENTOS DAS VÍTIMAS E DAS TESTEMUNHAS POLICIAIS QUE EVIDENCIAM A PRÁTICA DOS CRIMES. RELATOS DOS RÉUS INAPTOS A DESCARACTERIZAR A INFRAÇÃO PENAL. CONDENAÇÃO INARREDÁVEL. PRETENDIDA, AINDA, A DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES, COM O AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS REFERENTES AO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULOS E CONCURSO DE

ARE 1419411 / SC

PESSOAS. INVIABILIDADE. QUALIFICADORAS
PLENAMENTE EVIDENCIADAS.
DOSIMETRIA. PRIMEIRA ETAPA. PEDIDO DE
AFASTAMENTO DA NEGATIVAÇÃO DOS
MAUS ANTECEDENTES DE DOIS RÉUS.
IMPOSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES
LEGÍTIMAS PARA TAL FINALIDADE. TERCEIRA FASE.
ALMEJADO O AFASTAMENTO DA CAUSA DE
AUMENTO REFERENTE AO
REPOUSO NOTURNO. MAJORANTE QUE NÃO FOI
RECONHECIDA NA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE
INTERESSE RECURSAL. PRETENDIDO O
ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL DE
CUMPRIMENTO DA PENA DE DOIS DOS
RÉUS. INVIABILIDADE. ACUSADOS REINCIDENTES E
POSSUIDORES DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL
DESFAVORÁVEL. REGIME FECHADO QUE NÃO
MERECE ALTERAÇÃO. PELOS MESMOS MOTIVOS,
INCABÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA
CORPORAL POR RESTRITIVAS DE
DIREITOS. PRETENDIDA A SUSPENSÃO CONDICIONAL
DA PENA (*SURDIS*). IMPOSSIBILIDADE. CONDIÇÕES DO
ARTIGO 77 DO CÓDIGO PENAL NÃO PREENCHIDAS.
POR FIM, PLEITO RELACIONADO AO BENEFÍCIO
DA JUSTIÇA GRATUITA. MATÉRIA CUJO EXAME
INCUMBE AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. PEDIDO NÃO
CONHECIDO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E
DESPROVIDO. NO MAIS, CORREÇÃO, DE OFÍCIO,
DE ERRO CONSTANTE NA DOSIMETRIA.

1. Se do conjunto probatório emergem incontestes quer a materialidade, quer a autoria dos delitos, revela-se correta a decisão

ARE 1419411 / SC

condenatória e inaplicável o invocado princípio do *in dubio pro reo*.

2. Mostra-se impossível o afastamento da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal quando os elementos constantes dos autos, como as palavras das vítimas e os próprios Laudos Periciais realizados, demonstram, com segurança, que a subtração da *res furtiva* ocorreu mediante o rompimento de obstáculo.

3. Incogitável também o afastamento da qualificadora prevista no artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal quando devidamente comprovado nos autos, pelas provas coligidas, que os crimes de furto foram cometido por três pessoas, em convergência de desígnios e esforços.

4. Não há falar em afastamento da negativação dos antecedentes de dos agentes se verificado que, na sentença impugnada, foram utilizadas condenações legítimas para tal finalidade.

5. Impossível o conhecimento de pedido de afastamento da causa de aumento que não foi reconhecida na sentença, por ausência de interesse recursal.

6. À luz das diretrizes previstas nos artigos 33 e seguintes do Código Penal, a reincidência de dois réus e a existência de circunstância judicial desfavorável evidenciam a necessidade de se impor uma maior repressão penal em razão do novo crime cometido, e, via de consequência, impedem a concessão de regime mais brando, ensejando a prevalência do fechado, imposto sentencialmente.

7. Não cumpridos os requisitos delineados nos artigos 44, incisos

ARE 1419411 / SC

II e III, e 77, incisos I e II, ambos do Código Penal demonstra-se inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a concessão da suspensão condicional da pena, para dois dos réus.

No que se refere ao terceiro réu, a suspensão condicional da pena somente seria possível se não fosse cabível a substituição prevista no art. 44 do Código Penal, situação essa diversa do presente caso.

8. Não merece conhecimento o pedido recursal de concessão de justiça gratuita, com a consequente isenção do pagamento das custas processuais, por ser matéria cujo exame incumbe ao juízo de primeiro grau.

9. Constatada a ocorrência de equívoco material na sentença de primeiro grau, deve-se corrigi-lo, ainda que de ofício.

Os embargos de declaração foram rejeitados (eDOC 24).

No recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, III, *a*, do permissivo constitucional, aponta-se violação ao art. 5º, XL, da Constituição da República.

Nas razões recursais, sustenta-se, em suma, que o ora recorrente faz jus ao oferecimento do acordo de não persecução penal, sob o argumento de que *“o art. 28-A do CPP é aplicável em benefício do réu, ainda que o processo já esteja em fase recursal”* (eDOC 31, p. 11), notadamente porque a Constituição Federal garante a retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu.

O Tribunal de origem inadmitiu o extraordinário por visualizar ofensa meramente reflexa à CF/88, bem como por entender que o acórdão

ARE 1419411 / SC

recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência do STF (eDOC 38).

É o relatório. **Decido.**

A irresignação merece prosperar.

A Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, introduziu ao Código de Processo Penal o instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), por meio do art. 28-A, que assim dispõe:

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:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos

ARE 1419411 / SC

termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o *caput* deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado

ARE 1419411 / SC

por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 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.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 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.

ARE 1419411 / SC

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

Trata-se de uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro que, assim como a transação penal e a suspensão condicional do processo, privilegia a justiça consensual e, certamente, impactará de forma positiva no sistema de justiça penal, na medida em que mitiga o princípio da indisponibilidade da ação penal nos casos de crimes de médio potencial ofensivo, quando atendidos os requisitos legais. Além de contribuir com o desafogamento do Poder Judiciário e com a economia processual, esse mecanismo negocial garante a recomposição do dano provocado à vítima e à sociedade.

Desde a vigência da Lei 13.964/2019 (23.01.2020), esta Corte tem recebido inúmeros *habeas corpus* e recursos ordinários em *habeas corpus* por meio dos quais o jurisdicionado requer a aplicação do art. 28-A do CPP, argumentando, como no presente caso, que a natureza mista da norma em comento (material-processual) impõe sua incidência retroativa,

ARE 1419411 / SC

em obediência à garantia prevista no art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Diante da envergadura da matéria e da multiplicidade de demandas, o eminente Ministro Gilmar Mendes, em boa hora, afetou o tema ao Pleno, nos autos do HC 185.913/DF. Não obstante, sem prejuízo de oportuna análise verticalizada da matéria pelo colegiado maior desta Suprema Corte, levei a questão ao escrutínio da Segunda Turma, no HC 220.249/SP (Sessão virtual de 09.12.2022 a 16.12.2022), por entender que a natureza da ação e suas implicações jurídicas exigem uma prestação jurisdicional célere, a fim de não esvaziar o próprio direito ou a pretensão punitiva estatal (seja pelo cumprimento integral da pena, seja pelo reconhecimento da prescrição).

Ao proclamar o voto no HC 220.249/SP, inicialmente esclareci que, em temática similar à dos autos (em que se pretendia a aplicação retroativa do art. 171, § 5º, do CP, com a redação introduzida pela Lei 13.964/2019), a Segunda Turma reconheceu a natureza mista da norma e assentou que tais preceitos, quando favoráveis ao réu, devem ser aplicados de maneira retroativa em relação a fatos pretéritos **enquanto a ação penal estiver em curso**, nos termos do que dispõe o art. 5º, XL, da CF (HC 180.421/SP, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 06.12.2021).

Como ressaltei naquela ocasião, a expressão “lei penal” contida no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal deve ser interpretada como gênero. Dessa forma, a expressão deve abranger tanto leis penais em sentido estrito quanto leis penais processuais que disciplinam o exercício da pretensão punitiva do Estado (como, por exemplo, aquelas relativas ao direito de queixa ou de representação, à prescrição ou à decadência, ao perdão ou à preempção, a causas de extinção de punibilidade) ou que interferem diretamente no *status libertatis* do indivíduo (como, por exemplo, admissão de fiança, alteração das hipóteses de cabimento de prisão cautelar). Essas normas, quando beneficiarem o réu, devem

ARE 1419411 / SC

retroagir, nos termos do dispositivo constitucional em comento.

A meu ver, ao acordo de não persecução penal deve ser aplicada idêntica interpretação, pois o caráter híbrido da norma (material-processual) é evidente. Embora inserida no Código de Processo Penal, consiste em medida despenalizadora, que atinge a própria pretensão punitiva estatal. Conforme explicita a lei, o cumprimento integral do acordo importa extinção da punibilidade, sem caracterizar maus antecedentes ou reincidência.

Nesse contexto, como bem pondera Marcos Paulo Dutra Santos, ainda que já tenha sido apresentada a denúncia e, conseqüentemente, esteja preclusa a primeira finalidade processual do ANPP (evitar a instauração da ação criminal), persiste hígido o escopo material do instituto negocial, qual seja: a conservação do estado de inocência e da liberdade.

A esse respeito esclarece o autor que *“em sendo novatio legis in melius, a retroação aos processos em curso é mandatária por imposição constitucional (art. 5º, XL, da CRFB/88), não lhe sendo oponível o ato jurídico perfeito”*. E ainda, *“o ANPP, à semelhança da transação penal, incide sobre as instruções criminais em curso, independentemente de a denúncia ter sido, ou não, recebida, seja por força da retroatividade da Lei nº 13.964/19, seja em razão da desclassificação da imputação, pelo juízo processante ou em sede recursal, para outra que comporte o benefício.”* (SANTOS, Marcos Paulo D. **Comentários ao Pacote Anticrime**. São Paulo: Grupo GEN, 2022, p. 207 e 208, respectivamente).

Com efeito, o recebimento da denúncia ou mesmo a prolação da sentença não esvaziam a finalidade do ANPP, pois a sua celebração evita prisão cautelar, condenação criminal e seus efeitos (cumprimento de pena, reincidência, maus antecedentes, etc) e o próprio processo (com

ARE 1419411 / SC

todas as fases recursais). Tais marcos processuais não excepcionam a garantia constitucional de retroatividade da lei mais benéfica, mesmo sob o argumento da utilidade do instituto para o órgão de acusação. Ora, o critério da utilidade deve ser visto sob a óptica de todo o sistema de justiça criminal e dos atores envolvidos, incluindo aqui a vítima e o acusado.

Nessa linha, colho lição de Guilherme de Souza Nucci:

“O acordo de não persecução penal, introduzido pela Lei 13.964/2019, é uma norma processual de natureza mista, pois evita a propositura de ação penal e, com isso, permite a extinção da punibilidade. **Assim sendo, temos sustentado que essa espécie de norma processual penal deve retroagir no tempo, tal como a norma penal benéfica, atingindo todos os processos em andamento, desde que não tenha havido trânsito em julgado.** Entretanto, a tendência da jurisprudência, por ora, tem sido não acolher a retroatividade benéfica dessa norma do art. 28-A do CPP; defende-se que, havendo o recebimento da denúncia ou queixa, está-se diante de ato jurídico perfeito, não podendo ser alterada a situação. Esse entendimento, na realidade, deixa de reconhecer a força da norma processual penal de natureza mista.” (NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2022, p. 234 – grifei).

Na mesma direção, colaciono o ensinamento de Aury Lopes Junior:

“Quanto à aplicação no tempo, trata-se de norma mais benigna que deverá retroagir. Como explicamos no início dessa obra, ao tratar da lei processual no tempo (para onde remetemos o leitor), na concepção clássica, essa seria uma norma mista, com prevalentes caracteres penais (pois uma vez cumprido, extingue a punibilidade) que retroagem para beneficiar o réu. Portanto, pode ser aplicado aos processos

ARE 1419411 / SC

nascidos antes da vigência da Lei n. 13.964 e pode ser oferecido até o trânsito em julgado.” (LOPES JUNIOR, Aury. DIREITO PROCESSUAL PENAL. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 86).

Cito, ainda, precedentes da lavra do eminente Ministro Ricardo Lewandowski, em que, baseado no entendimento firmado no HC 180.421/SP quanto à retroação da Lei 13.964/2019, concedeu a ordem para determinar a remessa dos autos a órgão superior do Ministério Público, a fim de verificar a possibilidade de celebração do ANPP: HC 221.969, DJe 07.11.2022; HC 221.756, DJe 28.10.2022; HC 214.408, DJe 05.10.2022; DJe 221.878, DJe 09.11.2022; HC 213.966 no AgRg, DJe 05.10.2022; HC 218.725, DJe 06.10.2022.

No âmbito do Ministério Público Federal, também foi firmada orientação nesse mesmo sentido. Vejamos o item 8 da Orientação Conjunta 3/2018 da 2ª, 4ª e 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, revisada e ampliada após a edição da Lei 13.964/2019:

“8 Admite-se o oferecimento de acordos de não persecução penal no curso da ação penal, podendo ser dispensada, nessa hipótese, a instauração de PA, caso a negociação seja realizada nos próprios autos do processo. Nessa hipótese, deverá ser requerido ao juízo o sobrestamento da ação penal”.

Assim também dispõe o Enunciado n. 98 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF:

“É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A do CPP,

ARE 1419411 / SC

quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei nº 13.964/2019, conforme precedentes, podendo o membro oficiante analisar se eventual sentença ou acórdão proferido nos autos configura medida mais adequada e proporcional ao deslinde dos fatos do que a celebração do ANPP. Não é cabível o acordo para processos com sentença ou acórdão após a vigência da Lei nº 13.964/2019, uma vez oferecido o ANPP e recusado pela defesa, quando haverá preclusão". (Enunciado alterado na 187ª Sessão de Coordenação, de 31/08/2020).

No presente caso, o Tribunal de origem deixou expressamente assentado que *"não há como ser acolhido o pedido de sobrestamento e remessa dos autos ao juízo de primeiro grau para a análise da possibilidade de acordo de não persecução penal - ANPP, na forma da Lei n. 13.964/19, no caso, uma vez que o feito já se encontra em fase recursal, com condenação do ora embargante pelas condutas tipificadas nos arts. 155, § 4º, incisos I e IV, e art. 155, § 4º, incisos I e IV, na forma do art. 14, inciso II, na forma do art. 71, todos do Código Penal"* (eDOC 24, p. 6 - grifei).

Sendo assim, apesar de já terem sido proferidos a sentença e o acórdão condenatórios, o feito ainda estava em curso quando a Lei 13.964/2019 entrou em vigor. Desse modo, imperativo é o reconhecimento do efeito retroativo do art. 28-A do CPP.

Ante o exposto, com amparo no art. 21, § 2º, do RISTF, dou provimento ao recurso, **para reconhecer a retroatividade do art. 28-A do CPP e determinar a conversão da ação criminal em diligência, a fim de oportunizar ao Ministério Público a propositura do Acordo de Não Persecução Penal, caso preenchidos os requisitos.**

Publique-se.

ARE 1419411 / SC

Brasília, 9 de março de 2023.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente