

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 207.239 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
RECTE.(S) :
ADV.(A/S) : PAULO LOPES DE ORNELLAS
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
SÃO PAULO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

DECISÃO: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* impetrado contra acórdão proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça no AgRg no HC 641.355/SP, assim ementado (eDOC 33):

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ESTELIONATO. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. NÃO CABIMENTO. INDÍCIOS SUFICIENTES PARA ENSEJAR APURAÇÃO. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGREGAÇÃO DE FUNDAMENTOS PELO TRIBUNAL A *QUO*. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Conforme exposto na decisão agravada, 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.

2. Inviável o pleito de trancamento do inquérito policial em hipótese na qual há, de fato, indícios de cometimento de prática ilícita - estelionato -, justificando-se as investigações.

3. A agravante, que já é alvo de inquérito civil público pela suposta produção de plataformas na *internet* mimetizando *sites* governamentais nos quais cobraria taxas para registro no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF, o qual é gratuito, é objeto de apuração, no inquérito em

RHC 207239 / SP

questão, uma vez que sua empresa estaria emitindo boletos de cobrança para a realização exatamente do cadastramento perante o mesmo SICAF.

4. Em relação à tese de ausência de representação da vítima, a obstar a instauração do inquérito, verifica-se que não foi previamente submetida ao crivo do órgão colegiado da Corte a quo, o que inviabiliza sua apreciação diretamente na presente oportunidade, sob pena de configurar-se indevida supressão de instância.

5. Lado outro, a tese de que a Corte *a quo* adotou elementos não contidos no inquérito policial originário, agregando indevidamente, portanto, fundamentos em sede de acórdão que julga *habeas corpus*, não foi alegada na inicial, consistindo em indevida inovação recursal.

6. "No âmbito do agravo regimental, não se admite que a Parte, pretendendo a análise de teses anteriormente omitidas, amplie objetivamente as causas de pedir formuladas na petição inicial ou no recurso" (AgRg no HC 664.071/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 30/06/2021).

7. Agravo parcialmente conhecido e desprovido

Alega-se que: a) a recorrente foi intimada para comparecer na 6ª Delegacia Seccional de Polícia do Município de São Paulo, para ser ouvida nos autos do inquérito digital nº 1539991-89-2019.8.26.0050, no qual lhe foi imputada a violação ao art. 171, do CP, como representante legal da pessoa jurídica [REDACTED], e foi intimada para apresentar a relação de seus clientes; b) além de o inquérito tramitar de forma ilegal, tendo em vista a ausência de representação da vítima, a recorrente está sendo obrigada a produzir prova contra si mesma.

Eu, abaixo assinado, declaro que não sou autor, coautor, colaborador ou responsável por qualquer obra intelectual que seja objeto de esta declaração.

Assinatura: _____

Data: _____

Esta declaração é feita em plena consciência e sem qualquer coação, sendo válida e eficaz para todos os fins legais.

Declaro que não tenho qualquer interesse econômico ou patrimonial em relação ao conteúdo desta obra.

Declaro que não sou responsável por qualquer dano ou prejuízo decorrente do uso ou divulgação desta obra.

DECLARAÇÃO DE INTERESSE

Eu, abaixo assinado, declaro que não sou autor, coautor, colaborador ou responsável por qualquer obra intelectual que seja objeto de esta declaração. Esta declaração é feita em plena consciência e sem qualquer coação, sendo válida e eficaz para todos os fins legais. Declaro que não tenho qualquer interesse econômico ou patrimonial em relação ao conteúdo desta obra. Declaro que não sou responsável por qualquer dano ou prejuízo decorrente do uso ou divulgação desta obra.

RHC 207239 / SP

Busca-se o provimento do recurso a fim de que seja determinado o trancamento do inquérito policial, por ausência de justa causa, ou a *“sua suspensão até a efetiva oitiva do ofendido colhendo-se, eventualmente, sua representação, declarando-se a nulidade dos atos praticados anteriormente à representação por ser pressuposto de procedibilidade”*.

As informações foram prestadas (eDOC 60). A Procuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso (eDOC 63).

É o relatório. **Decido.**

1. No caso concreto, **há** ilegalidade capaz de ensejar a concessão da ordem.

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

El presente documento es el resultado de un estudio de factibilidad realizado en el marco de un convenio de colaboración entre el Gobierno de la Provincia de Córdoba y el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, en el que se ha analizado la posibilidad de implementar un sistema de gestión de la información que permita mejorar la eficiencia y la calidad de los servicios que presta a los ciudadanos.

Las informaciones que se detallan en el presente informe son de carácter confidencial y están destinadas exclusivamente a los fines que se indican en el presente documento.

1. Objeto del estudio

El presente estudio tiene como objeto analizar la posibilidad de implementar un sistema de gestión de la información que permita mejorar la eficiencia y la calidad de los servicios que presta a los ciudadanos.

A la luz de lo expuesto en el presente informe, se recomienda al Poder Judicial de la Provincia de Córdoba que considere la posibilidad de implementar un sistema de gestión de la información que permita mejorar la eficiencia y la calidad de los servicios que presta a los ciudadanos.

El presente estudio se ha realizado en el marco de un convenio de colaboración entre el Gobierno de la Provincia de Córdoba y el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, en el que se ha analizado la posibilidad de implementar un sistema de gestión de la información que permita mejorar la eficiencia y la calidad de los servicios que presta a los ciudadanos.

I - El presente estudio se ha realizado en el marco de un convenio de colaboración entre el Gobierno de la Provincia de Córdoba y el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, en el que se ha analizado la posibilidad de implementar un sistema de gestión de la información que permita mejorar la eficiencia y la calidad de los servicios que presta a los ciudadanos.

II - El presente estudio se ha realizado en el marco de un convenio de colaboración entre el Gobierno de la Provincia de Córdoba y el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, en el que se ha analizado la posibilidad de implementar un sistema de gestión de la información que permita mejorar la eficiencia y la calidad de los servicios que presta a los ciudadanos.

III - El presente estudio se ha realizado en el marco de un convenio de colaboración entre el Gobierno de la Provincia de Córdoba y el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, en el que se ha analizado la posibilidad de implementar un sistema de gestión de la información que permita mejorar la eficiencia y la calidad de los servicios que presta a los ciudadanos.

RHC 207239 / SP

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 termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal),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

RHC 207239 / SP

da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado 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.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução

RHC 207239 / SP

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

RHC 207239 / SP

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).

No referido julgamento virtual, a Turma reconheceu a aplicação retroativa do art. 28-A do CPP e determinou a conversão da ação criminal em diligência, a fim de oportunizar ao Ministério Público a propositura de eventual Acordo de Não Persecução Penal.

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 perempção, a causas de extinção de punibilidade) ou que

RHC 207239 / SP

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 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 híbrido 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 mellius, a retroação aos processos em curso é mandatória 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

RHC 207239 / SP

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 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

RHC 207239 / SP

processos 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.

Mais recentemente, a Segunda Turma desta Corte manteve decisão monocrática concessiva da ordem para afirmar o caráter processual-penal ou híbrido do art. 28-A do CPP, que, por ser mais favorável ao réu, deve ser aplicado de forma retroativa (HC 217.275, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 10.04.2023).

2. No presente caso, apesar de os fatos serem anteriores à alteração legislativa, 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.

3. Ante o exposto, com amparo nos arts. 192 do RISTF, dou provimento ao recurso ordinário 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. Intime-se.

RHC 207239 / SP

Brasília, 17 de abril de 2023.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente