

VOTO – VISTA

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferido no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1.658.686/DF, submetido à relatoria do Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA.

Consta dos autos, em síntese, que o paciente foi condenado à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime aberto, substituída por restritivas de direitos, pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, §4º, c/c art. 40, III, da Lei 11.343/2006). A sentença foi proferida em dezembro de 2018 (Documento 6).

De acordo com a denúncia:

No dia 14 de julho de 2018, às 19:00h, no SRIA II, QE 38, próximo ao campo de futebol sintético, Guará II/DF, os denunciados, com vontade livre e consciente, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, traziam consigo/transportavam, para fins de difusão ilícita, 01 (uma) porção fragmentada da substância vegetal de tonalidade pardo-esverdeada, da droga vulgarmente conhecida como MACONHA, envolta por segmento de plástico, perfazendo a massa bruta de 26,4g (vinte e seis gramas e quatro decigramas) e 01 (uma) balança digital.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios deu parcial provimento ao apelo defensivo, “apenas para deferir o pedido de restituição do veículo” (Documento 6, fl. 95) (DJe de 21/8/2019).

A defesa, então, interpôs Recurso Especial, inadmitido pelo Tribunal local, mas que ascendeu ao Superior Tribunal de Justiça por meio de Agravo, do qual o Ministro Presidente não conheceu. Ao julgar o subsequente Agravo Regimental da defesa, a Quinta Turma, por unanimidade, também não conheceu do recurso, por ser intempestivo. O acórdão ficou assim ementado:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO INTERPOSTO APÓS O PRAZO DE 5 (CINCO) DIAS PREVISTO NA LEI N. 8.038/1990. RECURSO INTEMPESTIVO.

AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

1. O prazo para interposição de agravo regimental, em matéria penal, é de 5 (cinco) dias, nos termos da Lei n. 8.038/1990 e do art. 258, caput, do RISTJ. Ademais, os prazos, no processo penal, são contínuos e peremptórios, conforme dispõe o art. 798, caput, do CPP.

2. Na espécie, a decisão monocrática foi disponibilizada no Diário de Justiça eletrônico em 18/2/2020 (terça-feira), considerando-se publicada em 19/2/2020 (quarta-feira), conforme certidão de e-STJ fl. 533, de modo que o prazo para interposição do agravo teve início em 20/2/2020 (quinta-feira), com término em 24/2/2020 (segunda-feira), prorrogado para 26/2/2020 (quarta-feira), em decorrência do feriado de Carnaval. Não obstante, o presente agravo foi interposto apenas em 7/3/2020 (e-STJ fls. 539/552 - expediente avulso), após a certificação do trânsito em julgado (e-STJ fl. 534), sendo manifestamente intempestivo, portanto.

3. Agravo regimental não conhecido.

Opostos Embargos de Declaração, também não conhecidos.

Nesta ação, a defesa alega, em suma: (a) *não tem base jurídica alguma a alegação que o prazo para o agravo interno – que é de 15 (quinze) dias, e também assim para a resposta – seria, no caso, de 5 (cinco) dias apenas, como disposto no artigo 39 da lei 8038/90, por cuidar de matéria penal o recurso especial antes interposto; e (b) tendo em vista a natureza do ANPP, parece claro que é possível a sua aplicação mesmo em casos que já tenha sido proferida sentença condenatória, sem trânsito em julgado, sendo aplicável, portanto, a processos em curso, ainda que em fase recursal. Essa conclusão encontra-se alinhada com os fatores que deram ensejo à criação desse instituto, pois possibilita a resolução célere dos casos menos graves, priorizando a atuação do Poder Judiciário no julgamento dos casos mais graves e, por fim, permite a minoração dos efeitos de uma condenação judicial. Nesse contexto, em razão da inequívoca retroatividade da lex mitior, enquanto não houver trânsito em julgado, é direito subjetivo dos acusados em geral que haja proposta do ANPP, a ser formulada pelo Ministério Público, exatamente como teriam direito caso a ação penal estivesse para ser ajuizada.*

Requer, assim, a concessão da ordem, para que (a) *a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça conheça o agravo de forma tempestiva, diante da fundamentação jurídica e previsão legal; e (b) oportunize a proposta de ANPP ao Paciente, diante da aplicação do o do princípio da retroatividade, nos termos*

estatuídos pelo artigo 5º, inciso XL, da Constituição da República e pelo artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal.

A Procuradoria-Geral da República apresentou parecer sintetizado nos termos da seguinte ementa:

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ausência de pressuposto de admissibilidade recursal. Fixação contagem de prazos processuais nos tribunais. Supressão de instância. Lei processual penal material nova. Direito intertemporal. Caso julgado. Eficácia retrospectiva. Retroação. Acordo de não persecução penal. Confissão. Maus antecedentes.

1. O *habeas corpus* não constitui instrumento idôneo para o reexame dos pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante outros tribunais.

2. A interposição intempestiva do recurso no curso de recursos extraordinários e respectivos agravos, tomando-se como referência a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, só se justifica com a comprovação de que o atraso decorreu de ausência de defesa técnica, de caso fortuito ou força maior ou de erro imputável ao Poder Judiciário.

3. Não se aplicam, nos recursos de natureza criminal, as regras do Código de Processo Civil sobre a fixação e a contagem de prazos processuais, cumprindo considerar, no tocante à observância do pressuposto de recorribilidade, a observância das normas do Código de Processo Penal e da Lei nº 8.038/1990.

4. Para não haver supressão de instância, não deve ser conhecido o *habeas corpus* sob a alegação de que não foi submetida à apreciação do tribunal apontado como coator.

5. A ausência de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder desautoriza a concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício.

6. Os tribunais superiores não têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus* quando não forem competentes para julgar o mérito do processo.

7. Transitaria em julgado a sentença condenatória, não há coação ilegal atribuível ao tribunal de origem que deixa de aplicar lei processual penal mais benigna que entra em vigor após o julgamento da apelação, cabendo ao juízo da execução, quando provocado, decidir sobre o cabimento da pretensão.

8. O art. 28-A do Código de Processo Penal tem aplicação "imediata" (rectius: eficácia retrospectiva) a processos que

estavam em andamento, inclusive na fase recursal, quando do surgimento da Lei nº 13.964/2019.

9. É desinfluyente para a aplicação imediata" da norma processual penal mais favorável que ela tenha natureza material ou processual.

10. A retroatividade da lei penal processual material mais benigna pressupõe uma sucessão normativa em sentido estrito, o que não ocorre nos casos julgados já executados.

11. Sendo um instrumento destinado a favorecer e facilitar o decurso do processo-crime, não faz sentido aplicar o acordo de não persecução penal nas hipóteses em que a sentença já transitou em julgado, independentemente do estágio em que se encontra a execução penal.

12. A confissão deve necessariamente integrar o acordo de não persecução penal.

13. A credibilidade da confissão pode e deve ser objeto de sindicância pelo juiz responsável pela homologação do acordo de não persecução penal, a fim de se evitar declarações meramente formais, vazias de conteúdo.

14. Desde que a confissão sirva como elemento probatório dirigido ao esclarecimento e comprovação dos fatos objeto do processo e não como simples declaração ou assunção de culpa, não há razão para deixar de utilizá-la para fundamentar, nos moldes do verbete nº 545 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, futura condenação em caso de descumprimento do acordo de não persecução penal.

15. Eventual ausência de confissão na fase investigatória ou processual não obsta as conversações dirigidas a formação do acordo de não persecução penal se o imputado revelar disponibilidade para apresentá-la em momento posterior aquele previsto no ato previsto no art. 6º, inciso VI, do Código de Processo Penal ou em qualquer outro, inclusive na fase recursal, conforme autoriza o art. 196 daquele diploma legal - mas não após o trânsito em julgado -, desde que a iniciativa ainda se mostre útil para o Ministério Público.

16. Antecedentes criminais decorrentes de penas privativas de liberdade e de sanções previstas no §4º do ar. 76 da Lei no 9.099/1995 extintas há mais de cinco anos podem ser valorados para os fins do art. 28-A, §2º, incisos I e II, segunda parte, do Código de Processo Penal.

Feita essa breve retrospectiva dos fatos, passo ao voto.

A respeito da alegada tempestividade do recurso interposto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tem-se que a pretensão esbarra em entendimento firmado pelo Pleno desta CORTE, cuja ementa do julgado registra:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. A Lei do Processo nos Tribunais estabelece a possibilidade de recurso das decisões de relator que causarem “gravame à parte”, no “prazo de cinco dias” – art. 39 da Lei 8.038/90. Tal disposição segue em vigor em matéria penal, não tendo sido modificada pelo CPC. 3. O prazo previsto no art. 1.070 não se aplica ao agravo regimental em matéria penal. Permanece em vigor o prazo de cinco dias. 4. Os prazos processuais penais são contínuos – art. 798 do CPP. Disposição não revogada pelo CPC. 5. Ações e recursos regidos pela legislação processual civil, empregados em matéria criminal. Contagem de prazos na forma da legislação processual penal. 6. Agravo regimental. Decurso do prazo recursal (RISTF, art. 317). Intempestividade. Art. 798, caput e § 5º, alínea a, do CPP. 7. Agravo regimental não conhecido (ARE 988549 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 30/7/2020).

No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTEMPESTIVIDADE. CONTAGEM DE PRAZO EM DIAS CORRIDOS. PROCESSO PENAL. ART. 798 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. QUINQUÍDEO LEGAL PREVISTO PELO ART. 39 DA LEI Nº 8.038/1990 E PELO ART. 317 DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a contagem do prazo processual penal é disciplinada por norma específica que dispõe sobre a matéria, no caso o artigo 798 do Código de Processo Penal, o que afasta a incidência do artigo 219 do Código de Processo Civil.

2. A norma especial da Lei nº 8.038/1990, que prevê o prazo de 5 (cinco) dias para a interposição do agravo regimental, não foi expressamente revogada pela Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), prazo este que

também é previsto pelo art. 317 do Regimento Interno desta CORTE.

3. A intempestividade do Agravo Regimental impede o seu conhecimento.

4. Agravo Regimental não conhecido.

(ARE 1259764 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 15/5/2020)

Não há, portanto, ilegalidade a ser sanada.

Em relação à incidência do Acordo de Não Persecução Penal, observa-se que a matéria não foi enfrentada pelo Órgão colegiado do STJ, que se limitou, como visto, a registrar a intempestividade do Agravo Interno. Desse modo, torna-se inviável a esta SUPREMA CORTE conhecer do tema originariamente, sob pena de indevida supressão de instância e violação das regras constitucionais de repartição de competências. Nesse sentido: HC 151816 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 10/5/2018; HC 132.864-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, Dje de 18/3/2016; HC 136.452-ED, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, Dje de 10/2/2017; HC 135.021-AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, Dje de 6/2/2017; HC 135.949, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, Dje 24/10/2016.

Excepcionalmente, entretanto, 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 definição do tema por parte deste Pleno, supero o referido óbice e conheço da presente impetração, pois entendo necessário analisar a tese arguida pelo impetrante, cujo precedente servirá de parâmetro para as demais instâncias.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988, em seu art. 129, I, consagrou o sistema acusatório no âmbito de nossa Justiça Criminal, concedendo ao Ministério Público a privatividade da ação penal pública. Durante essas mais de três décadas de vigência de nossa Carta Magna, as legislações penais e processuais penais foram se adaptando a essa nova realidade. Em um primeiro momento, não sendo recepcionadas as normas anteriores que mantinham exceções à titularidade do *Parquet como nas hipóteses de ações penais por contravenções e crimes culposos* e, posteriormente, havendo a aprovação de inovações legislativas que ampliaram as possibilidades de atuação do Ministério Público na persecução penal em juízo.

A construção desse novo sistema penal acusatório gerou

importantes alterações na atuação do Ministério Público, que antes estava fixada na obrigatoriedade da ação penal. Novos instrumentos de política criminal foram incorporados para racionalizar a atuação do titular da ação penal, transformando a antiga obrigatoriedade da ação penal em verdadeira discricionariedade mitigada. Assim ocorreu, inicialmente, com as previsões de transação penal e suspensão condicional do processo pela Lei 9.099/95, depois com a possibilidade de "*delação premiada*" e, mais recentemente com a Lei n. 13.964/19 ("Pacote anticrime"), que trouxe para o ordenamento jurídico nacional a possibilidade do "*acordo de não persecução penal*".

Dessa maneira, constatada a materialidade da infração penal e indícios suficientes de autoria, o titular da ação penal deixou de estar obrigado a oferecer a denúncia e, conseqüentemente, pretender o início da ação penal. O Ministério Público poderá, dependendo da hipótese, deixar de apresentar a denúncia e optar pelo oferecimento da transação penal ou do acordo de não persecução penal, desde que, presentes os requisitos legais.

Essa opção ministerial encaixa-se dentro desse novo sistema acusatório, onde a obrigatoriedade da ação penal foi substituída pela discricionariedade mitigada; ou seja, respeitados os requisitos legais, o Ministério Público poderá optar pelo acordo de não persecução penal, dentro de uma legítima opção da própria Instituição. Ausentes os requisitos legais, não há opção ao Ministério Público, que deverá oferecer a denúncia em juízo. Entretanto, se estiverem presentes os requisitos descritos em lei, esse novo sistema acusatório de discricionariedade mitigada não obriga o Ministério Público ao oferecimento do acordo de não persecução penal, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao *Parquet* a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo de não persecução penal, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição.

O art. 28-A, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/19, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que 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.*

As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do acordo de não persecução penal, porém não suficientes para concretizá-lo, pois mesmo que presentes, poderá o Ministério Público entender que, na hipótese específica, o acordo de não persecução

penal não se mostra necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Repito, trata-se de importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro, não constituindo direito subjetivo do acusado.

Na presente hipótese, é inviável a aplicação do acordo de não persecução penal (art. 28-A do Código de Processo Penal), pois a sentença condenatória proferida em desfavor do paciente fora proferida em dezembro de 2018 (Documento 6); ou seja, antes da Lei 13.964/2019 - que previu o benefício em questão.

Ora, a finalidade do ANPP é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa. Precedentes: HC 232334 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 17/10/2023; RE 1448728 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 14/9/2023; HC 199950, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 18/6/2021; HC 191124 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 13/4/2021; HC 191.464-AgR/SC, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 26/11/2020; ARE 1294303 AgR-segundo-ED, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 26/4/2021; RHC 222072 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 16/3/2023; HC 229525 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 25/8/2023; HC 228760 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 7/8/2023; RHC 226525 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 7/6/2023.

Em relação aos casos transitórios (ação penal em curso, quando sobreveio a Lei 13.964/2019), a Primeira Turma do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL firmou, recentemente, o entendimento de que, nas ações penais iniciadas antes da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, é viável o acordo de não persecução penal, desde que não exista sentença condenatória e o pedido tenha sido formulado na primeira oportunidade de manifestação nos autos após a vigência do art. 28-A do CPP (HC 233147 AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, j. 7/11/2023); circunstâncias essas, como ressaltado, não presentes no caso.

Na oportunidade, aliás, tive a oportunidade de enfatizar que o acordo é de não persecução penal, não é de substituição da pena aplicada; sem mencionar eventual quadro de incoerência na hipótese em que o magistrado, para retribuição e prevenção do crime, tenha fixado determinada pena e, posteriormente, é submetida ao seu juízo

homologação de acordo mediante condições mais brandas.

Conforme bem destacado pela eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA, após a condenação, *as provas já foram produzidas, o Ministério Público demonstrou o que era necessário para que houvesse o desenlace condenatório. Não vejo, inclusive, como se cumprir a finalidade do instituto.*

Não há, portanto, quadro de constrangimento ilegal ao direito de locomoção do paciente a justificar a concessão da ordem.

Diante do exposto, INDEFIRO a ordem de *Habeas Corpus*, reafirmando-se o entendimento fixado no âmbito da Primeira Turma: Nas ações penais iniciadas antes da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, é viável o acordo de não persecução penal, desde que não exista sentença condenatória e o pedido tenha sido formulado na primeira oportunidade de manifestação nos autos após a vigência do art. 28-A do CPP.

É o voto.