

27/03/2023

SEGUNDA TURMA

SEGUNDO AG.REG. NO HABEAS CORPUS 217.275 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
AGTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
SÃO PAULO
AGDO.(A/S) : ROSEMEIRE MENDONCA DE SOUZA
ADV.(A/S) : PLINIO ANTONIO BRITTO GENTIL FILHO E
OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. MATÉRIA CRIMINAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOCORRÊNCIA. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. NORMA DE CONTEÚDO MISTO. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ART. 5º, XL, CF. ILEGALIDADE FLAGRANTE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É descabida a alegação de supressão de instância quando o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou de maneira expressa sobre a questão controvertida do *habeas corpus* impetrado nesta Corte.

2. 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.

3. O art. 28-A do Código de Processo Penal, acrescido pela Lei 13.964/2019, é norma de conteúdo processual-penal ou híbrido, porque 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.

4. Essa inovação legislativa, por ser norma penal de caráter mais favorável ao réu, nos termos do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal,

HC 217275 AGR-SEGUNDO / SP

deve ser aplicada de forma retroativa a atingir tanto investigações criminais quanto ações penais em curso até o trânsito em julgado. Precedentes do STF.

5. A incidência do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, como norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não está condicionada à atuação do legislador ordinário.

6. A indevida negativa de aplicação retroativa do art. 28-A do CPP configura hipótese de concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício.

7. Agravo regimental desprovido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, **em Sessão Virtual de 17 a 24 de março de 2023**, sob a Presidência do Senhor Ministro André Mendonça, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, com ressalva do Ministro André Mendonça.

Brasília, 27 de março de 2023.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator

Documento assinado digitalmente

27/03/2023

SEGUNDA TURMA

SEGUNDO AG.REG. NO HABEAS CORPUS 217.275 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
AGTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
SÃO PAULO
AGDO.(A/S) : ROSEMEIRE MENDONCA DE SOUZA
ADV.(A/S) : PLINIO ANTONIO BRITTO GENTIL FILHO E
OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de agravo regimental (eDOC 38) interposto contra decisão monocrática (eDOC 22) em que, reconsiderando ato anterior, reconheci a retroatividade do art. 28-A do CPP e concedi a ordem de ofício para *“oportunizar ao Ministério Público, em primeira instância, a propositura do Acordo de Não Persecução Penal, caso preenchidos os requisitos”*.

Os argumentos das razões recursais se encontram sintetizados na seguinte ementa:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO COMO SUBSTITUTO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CONHECIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA NÃO ALEGADA NA APELAÇÃO E NO RECURSO ESPECIAL. DISCUSSÃO APENAS EM AGRAVO REGIMENTAL PARA PROVOCAÇÃO DESTE HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. POSICIONAMENTO DIVERGENTE DA PRIMEIRA TURMA E DA TERCEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECEDENTE DA CORTE CONSTITUCIONAL PELA RETROATIVIDADE LIMITADA DE INSTITUTO DE

HC 217275 AGR-SEGUNDO / SP

JUSTIÇA NEGOCIADA SIMILAR. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE COGNOSCÍVEL DE PLANO.

1. O presente habeas corpus foi impetrado como substituto de revisão criminal, razão pela qual, na esteira da jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, não pode ser conhecido, até por não ter competência para tanto, em face do artigo 102, inciso I, alínea "j", da Constituição Federal.

2. A leitura dos documentos que acompanham a impetração mostra que a matéria sobre a retroação do artigo 28-A do Código de Processo Penal não foi levantada durante a apelação perante o Tribunal de Justiça - que julgou o caso em 27 de novembro de 2020 - em sede de recurso especial pela defesa da agravada, mesmo quando, nesses dois momentos, já estava em vigor a norma citada, introduzida pela Lei nº 13.964/2019. O ponto veio a ser ventilado apenas ao final, em sede de agravo regimental no agravo em recurso especial, já no Superior Tribunal de Justiça, trazendo matéria que sequer constara do recurso proposto e que não fora prequestionada, sendo, naturalmente, rechaçado. Assim, buscou-se alegar o ponto naquele momento inadequado, apenas para propiciar motivo para o presente habeas corpus. Há, assim, supressão de instância na concessão da ordem.

3. As novas disposições trazidas pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal – que ganharam eficácia em 23 de janeiro de 2020 – configuram norma mista ou híbrida, é dizer, possui natureza processual, mas com reflexo penal, uma vez que cria hipótese de extinção da punibilidade: o integral cumprimento do acordo de não persecução (art. 28-A, § 13). *Lex mitior*, portanto. A afirmação de que se trata de norma mista ou híbrida significa que poderá ser aplicada aos crimes ocorridos antes do início de eficácia do novo artigo, o que não significa ausência de limites temporais. Quanto aos crimes anteriores a 23 de janeiro de 2020, se ainda não iniciada a etapa processual, inexistente qualquer óbice para a aplicação do novo artigo 28-A, de modo que, presentes os pressupostos e requisitos, pode o Ministério Público realizar o acordo de não persecução penal,

HC 217275 AGR-SEGUNDO / SP

ao invés de oferecer a denúncia.

4. Hipótese mais complexa diz respeito aos casos com denúncia já recebida antes do advento da nova Lei nº 13.964/2019. Sendo norma híbrida aquela que traz o acordo de não persecução penal, há que se estabelecer um limite para sua aplicação aos casos em andamento, que deverá levar em conta a compatibilidade entre o aspecto processual do instituto e a etapa em que se encontre a marcha processual, bem como a necessidade de retroação da lei pena mais benigna.

5. Por esse motivo, não obstante divergências pontuais, firmou-se um consenso no âmbito dos Ministérios Públicos estaduais, no sentido de ser incabível a retroação do artigo 28-A do Código de Processo Penal aos casos anteriores à Lei nº 13.964/2019, se já houver denúncia recebida, é dizer, se já instaurada a etapa processual. Esse entendimento foi também esposado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e pelas duas Turmas da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça.

6. Há precedente do Supremo Tribunal Federal quanto à retroação do artigo 89 da Lei nº 9.099/1995, que também traz a extinção da punibilidade como benefício penal, concluindo a Corte que, apesar de possível a retroação, deve encontrar limite na existência da sentença condenatória, e não até o trânsito em julgado, como decidido pelo Relator.

7. Por tais motivos, o tema tratado neste habeas corpus não se mostra pacífico nessa Corte, não sendo possível afirmar-se que o caso presente constitui aberração ou teratologia, é dizer, ilegalidade cognoscível de plano, apta a propiciar a concessão da ordem de ofício.

À vista do exposto, requer-se o não conhecimento da impetração e a denegação da ordem.

É o relatório.

27/03/2023

SEGUNDA TURMA

SEGUNDO AG.REG. NO HABEAS CORPUS 217.275 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): O agravante não trouxe argumentos com aptidão para infirmar os fundamentos da decisão agravada.

Quanto à alegada supressão de instância, verifica-se que a instância antecedente, no julgamento do agravo regimental em embargos de declaração em agravo em recurso especial 1.966.398/SP, pronunciou-se sobre a aplicação retroativa do art. 28-A do CPP, bem como sobre outros aspectos da incidência desse dispositivo no caso em exame. Logo, tendo em vista que “[a] competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento do habeas corpus pressupõe, relativamente a atos do Superior Tribunal de Justiça, o enfrentamento da matéria na origem” (HC 84.889, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ 19.8.2005), inexistente o óbice suscitado pelo *Parquet* ao conhecimento da questão controvertida.

No mais, relativamente ao mérito, assim fundamentei a decisão ora impugnada (eDOC 22):

No caso em exame, a despeito do óbice consistente na vedação de impetrações substitutivas de revisão criminal, impõe-se a concessão da ordem de ofício.

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

HC 217275 AGR-SEGUNDO / SP

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), 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 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.

HC 217275 AGR-SEGUNDO / SP

§ 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 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

HC 217275 AGR-SEGUNDO / SP

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.

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

HC 217275 AGR-SEGUNDO / SP

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 perempção, 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 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,

HC 217275 AGR-SEGUNDO / SP

consequentemente, 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 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

HC 217275 AGR-SEGUNDO / SP

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 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

HC 217275 AGR-SEGUNDO / SP

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, 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).

2. No presente caso, apesar de já terem sido proferidos a sentença e o acórdão condenatórios, e mesmo a despeito de haver um título judicial transitado em julgado, 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 e 317, § 2º, do RISTF, reconsidero a decisão agravada **para reconhecer a retroatividade do art. 28-A do CPP e, mesmo deixando de conhecer da impetração, conceder a ordem de ofício, a fim de oportunizar ao Ministério Público, em primeira instância, a propositura do Acordo de Não Persecução Penal, caso**

HC 217275 AGR-SEGUNDO / SP

preenchidos os requisitos.

A despeito das alegações da parte ora agravante, a decisão ora impugnada se ajusta à diretriz jurisprudencial da Segunda Turma desta Corte. Confira-se:

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. SENTENÇA PROLATADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 13.964/2019. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. NORMA DE CONTEÚDO MISTO. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ART. 5º, XL, CF. ORDEM CONCEDIDA. 1. 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. 2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, acrescido pela Lei 13.964/2019, é norma de conteúdo processual-penal ou híbrido, porque 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. 3. Essa inovação legislativa, por ser norma penal de caráter mais favorável ao réu, 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. Precedentes do STF. 4. A incidência do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, como norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não está condicionada à atuação do legislador ordinário. 5. Ordem concedida para reconhecer a aplicação retroativa do art. 28-A do CPP e determinar a conversão da ação criminal em diligência, a fim de oportunizar ao Ministério Público a propositura de eventual Acordo de Não Persecução

HC 217275 AGR-SEGUNDO / SP

Penal. (HC 220249, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 6.2.2023)

Desse modo, como a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça se encontrava em desacordo com a orientação jurisprudencial desta Turma, havendo, *in casu*, indevida negativa da aplicação retroativa do art. 28-A do CPP, estava configurada a hipótese de concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício, inexistindo reparos a ser realizados quanto ao particular.

Impõe-se, portanto, a manutenção da decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

27/03/2023

SEGUNDA TURMA

SEGUNDO AG.REG. NO HABEAS CORPUS 217.275 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
AGTE.(S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
AGDO.(A/S) : **ROSEMEIRE MENDONCA DE SOUZA**
ADV.(A/S) : **PLINIO ANTONIO BRITTO GENTIL FILHO E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

1. Acompanho integralmente o resultado de julgamento conforme propugnado pelo eminente Ministro Relator, para negar provimento ao Segundo Agravo Regimental, formalizado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, mantendo, assim, a decisão mediante a qual Sua Excelência, o Ministro Edson Fachin, **concedeu a ordem, de ofício, para reconhecer a retroatividade do art. 28-A do CPP e determinar a remessa dos autos ao Ministério Público, a fim de oportunizar a propositura de Acordo de Não Persecução Penal, caso preenchidos os requisitos.**

2. Não obstante, faço registro de ressalva no sentido de não me vincular em definitivo aos fundamentos de decidir ora apresentados no caso concreto, reservando-me a possibilidade de melhor apreciação e aprofundamento em relação às diversas questões que envolvem este importante tema, em especial, quanto ao ponto do marco final para o oferecimento do acordo.

É como voto.

Ministro ANDRÉ MENDONÇA

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

SEGUNDO AG.REG. NO HABEAS CORPUS 217.275

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

AGTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGDO.(A/S) : ROSEMEIRE MENDONCA DE SOUZA

ADV.(A/S) : PLINIO ANTONIO BRITTO GENTIL FILHO (432163/SP) E

OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, com ressalva do Ministro André Mendonça. Segunda Turma, Sessão Virtual de 17.3.2023 a 24.3.2023.

Composição: Ministros André Mendonça (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Edson Fachin e Nunes Marques.

Hannah Gevartosky
Secretária