



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

29462/2021/MPF/AJCRIM-STF/VPGR/HJ

HABEAS CORPUS Nº 185.913/DF

PLENÁRIO

PACIENTE: Max Willians de Albuquerque Vilar
IMPTE.(S): Abel Gomes Cunha
COATOR(A/S): Superior Tribunal de Justiça
RELATOR: Ministro Gilmar Mendes

Excelentíssimo Senhor Ministro Relator,

PARECER

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ausência de pressuposto de admissibilidade recursal. Fixação e 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. Transitada 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 “imediate” (*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 “imediate” 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 à formação do acordo de não persecução penal se o imputado revelar disponibilidade para apresentá-la em momento posterior àquele previsto no ato previsto no art. 6º, inciso V, 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 art. 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.

- I -

1. O paciente deste *habeas* foi condenado pela juíza de direito da 1ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais do Distrito Federal, no processo nº 2018.01.1.021661-5, a um ano, onze meses e dez dias de reclusão e ao pagamento de multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, ante a prática de tráfico de drogas cometido nas imediações de uma quadra esportiva,



descrito no art. 33, *caput*, combinado com o art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006.

2. A Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal proveu a apelação protocolada pela defesa – de nº 0004538- 12.2005.8.06.0000 – tão somente para restituir ao paciente o veículo no qual a droga fora encontrada. Assentou que *“as circunstâncias fáticas que cercaram a prisão em flagrante demonstram que as drogas efetivamente destinavam-se à difusão ilícita”*. Destacou a coerência das declarações das testemunhas policiais com o suporte fático-probatório. Ressaltou a improcedência da desclassificação da conduta constante do art. 33 da Lei 11.343/2006, na forma do § 4º, para a conduta tutelada pelo art. 28 do mesmo diploma legal. Salientou que a incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio.

3. Os recursos extraordinários por meio dos quais a defesa buscava a desclassificação da conduta para aquela descrita no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 foram **inadmitidos** pelo presidente do Tribunal da apelação. Eis a decisão:

O recurso especial não merece ser admitido no que tange à suposta afronta ao artigo 28, §2º, da Lei 11.343/06, e ao invocado dissenso pretoriano. Com efeito, para que o Superior Tribunal de Justiça pudesse apreciar a tese recursal, nos moldes propostos pelos recorrentes, necessário seria o reexame de questões fático-probatórias do caso concreto, o que desbordaria dos limites do recurso especial, a teor do enunciado 7 da Súmula do STJ, o qual também se aplica aos recursos especiais interpostos pela alínea "c" do permissivo constitucional (Aglnt no AREsp 1296620/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJe 30/5/2019).

O recurso extraordinário também não deve prosseguir, ante a ausência de preliminar formal e fundamentada da existência de repercussão geral. Com efeito, a Suprema Corte já assentou que: "Os recursos extraordinários somente serão conhecidos e julgados, quando essenciais e relevantes às questões constitucionais a serem analisadas, sendo imprescindível ao recorrente, em sua petição de interposição de recurso, a apresentação formal e motivada da repercussão geral, que demonstre, perante o Supremo Tribunal Federal, a existência de acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas no processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares." (ARE 1173473 AgR, Relator Min. Alexandre de Moraes, DJe 25/2/2019).



4. O agravo de nº 1.658.686, por meio do qual se pretendia destrancar o especial no Superior Tribunal de Justiça, **não foi conhecido**, ante a ausência de impugnação de todos os fundamentos do pronunciamento que inadmitiu o recurso na origem.
5. A Quinta Turma também não conheceu do recurso manejado contra esta decisão, considerada a **intempestividade**. Frisou não ter sido revogado o art. 39 da Lei nº 8.038/1990, que dispõe ser de 5 dias o prazo para a interposição do agravo regimental em feitos que tratam de matéria penal ou processual penal nos tribunais superiores.
6. O colegiado também considerou **extemporâneos** os declaratórios opostos contra essa decisão, ante o escoamento do prazo de 2 dias, previsto nos arts. 619 do Código de Processo Penal e 263 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.
7. Chegou-se ao Supremo com o agravo em recurso extraordinário nº 1.259.562. O ministro Edson Fachin, a quem foi distribuído o recurso, entendeu ser o caso de aplicar o verbete nº 287 da Súmula do Tribunal, porque o fundamento de ausência do requisito da repercussão geral não havia sido impugnado pelo então agravante.
8. Como nem esse ato, nem o que apreciou os embargos opostos contra o agravo regimental interposto no agravo em recurso especial foram objetos de novos recursos, **a sentença condenatória transitou em julgado definitivamente no dia 18 de junho de 2020**, o que fez com que no dia 13 de agosto subsequente os autos fossem remetidos para a 1ª Vara de Entorpecentes do Distrito Federal, onde aguarda a respectiva secretaria expedir a carta de guia definitiva ao juízo da Vara de Execuções.
9. A preclusão maior não impediu que o paciente contestasse, por meio desta ação constitucional de *habeas corpus*, a intempestividade do protocolo do agravo regimental interposto contra o pronunciamento mediante a qual o presidente do Superior Tribunal de Justiça deixou de conhecer o agravo em recurso especial manejado por sua defesa.
10. Na impetração, insiste na tese de que a Quinta Turma não poderia ter negado seguimento ao agravo interno. Diz que o recurso previsto no art. 39 da Lei nº 8.038/1990 refere-se a *"decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de*



Relator que causar gravame à parte”, enquanto o regimental é “recurso específico contra decisão de relator em apreciação a agravo em recurso especial ou em recurso extraordinário.”

11. Diz da inadequação e da incoerência de se “buscar naquela lei recurso de menor prazo para a impugnação da inadmissão de recurso especial” levando-se em consideração a “abrangência” da redação do art. 1.070 do Código de Processo Civil, segundo o qual “o prazo para a interposição de qualquer agravo, previsto em lei ou regimento interno, contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal, será sempre de 15 dias.”

12. Alega ser “defensiva” a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que distingue prazos para a impugnação de pronunciamento mediante o qual é negado seguimento a agravo em recurso especial em função da natureza cível ou criminal do processo.

13. Aponta a inexistência dessa diferenciação ao tempo da vigência integral da Lei nº 8.038/1990, quando o recurso cabível para as hipóteses de não acolhimento do agravo interposto contra a inadmissão de recurso especial no tribunal local “era o § 5º do art. 28 mesma lei.” Em função disso, considera neutro o fato de não ter sido revogado o art. 39 que segue “tendo serventia para obviar gravames em *habeas corpus* nos tribunais e em recurso ordinário em matéria criminal”, de acordo com a percepção do impetrante.

14. Assevera que diante da revogação expressa do art. 28, §5º, da Lei nº 8.038/1990 pela Lei nº 13.105/2015, a disciplina relativa à impugnação dos recursos extraordinários, “quer se trate de matéria cível, quer de matéria penal”, passou a ser regulada pelo Código de Processo Civil, à vista do que dispõe o art. 3º do Código de Processo Penal, que tem a seguinte redação: “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.”

15. Para além da derrogação da disciplina da matéria em decorrência do advento do Código de Processo Civil de 2015, o impetrante sustenta, ainda, que se a contagem do prazo do agravo regimental tivesse sido feita em dias úteis, nos termos do art. 212 daquele mesmo estatuto, a interposição do recurso teria sido considerada tempestiva.



16. Fazendo alusão ao art. 28-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964/2019, salienta atendidos os requisitos para a oferta de acordo de não persecução penal. Ressalta tratar-se de norma híbrida, a qual deve incidir nos processos em andamento, **“mesmo nos casos que [sic] já tenha sido proferida sentença condenatória sem trânsito em julgado”**¹, inclusive em grau recursal. Entende viável, ante o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, a formalização da proposta pelo Ministério Público Federal, destacando entendimento doutrinário.

17. Ao final, pleiteia o deferimento da ordem para anular o acórdão por meio da qual a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça não conheceu o agravo regimental no agravo em recurso especial nº 680.795, assim como todos os atos processuais subsequentes, determinando-se àquele colegiado que examine o mérito do recurso. Postula, ainda, a intimação da Procuradoria-Geral da República, visando a formalização de uma proposta de acordo de não persecução penal em benefício do paciente.

-II-

18. No despacho de 22 de setembro de 2020, Vossa Excelência instou o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Justiça e a juíza de direito da 1ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais do Distrito Federal a prestarem informações neste *habeas*.

19. Nesse mesmo pronunciamento, formulou duas séries de “questões problemas” a serem respondidas ao final deste processo. Versam a possibilidade de se oferecer o acordo de não persecução penal em feitos que se encontravam em andamento quando do surgimento da Lei nº 13.964/2019; a natureza jurídica da norma inserida no art. 28-A do Código de Processo Penal; o cabimento da aplicação retroativa do dispositivo em benefício do imputado; e a viabilidade de acioná-lo quando o imputado não tiver confessado anteriormente, durante a investigação ou a ação penal.

20. Consignou, na sequência, a existência de posicionamentos divergentes em órgãos fracionários do Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicação do art. 28-A do Código de Processo Penal a processos que já estavam em curso antes do início da vigência do dispositivo, em 23 de janeiro de 2020. Afirmou que a matéria tem “interesse constitucional” e está “regulada” no art. 5º, inciso XL, da Constituição da

¹ Os destaques não constam do original.



República, segundo o qual “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.” E depois de discorrer sobre como três ações de *habeas corpus* e um recurso constitucional apreciados pelo Tribunal Pleno impactaram o “sistema jurídico e nos juízos inferiores” a partir da “fixação de teses e a modulação de efeitos”, decidiu submeter o julgamento desta impetração ao Plenário, tomando como base os arts. 21, inciso XI² e 22³, ambos do Regimento Interno do Supremo, com o objetivo de “assegurar segurança jurídica e a previsibilidade das situações processuais” ante potencial dissídio jurisprudencial.

21. Admitiu, por meio dos atos de 28 de outubro e 9 de novembro de 2020, a intervenção neste *habeas corpus*, como amigos da Corte, as seguintes pessoas jurídicas, órgãos ou entidades ditas especializadas: Associação Nacional da Advocacia Criminal, Ministério Público do Estado de São Paulo, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores e Defensoria Pública da União.

22. Alfim, após a resolução de incidente relativo à prevenção do relator, mandou abrir vista à Procuradoria-Geral da República, durante o recesso judiciário, para que o órgão emitisse parecer “com urgência, dada a relevância da temática, especialmente em relação às questões-problemas apontadas na decisão monocrática que afetou o caso ao Plenário.”

-III-

23. A questão relativa ao prazo de interposição de recursos de natureza criminal em tramitação nos tribunais superiores não implica constrangimento ilegal que autorize, de acordo com a legislação vigente, a impetração de *habeas corpus* no Supremo, uma vez que a jurisprudência do Tribunal é assente no sentido de não ser esta ação constitucional meio hábil para discutir pressupostos de admissibilidade recursal⁴.

² Art. 21. São atribuições do Relator: [...]

XI – remeter *habeas corpus* ou recurso de *habeas corpus* ao julgamento do Plenário;

³ Art. 22. O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida.

Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo:

a) quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário;

b) quando, em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário.

⁴ Vide, por todos, o acórdão do HC 85.195/RS, relatado pelo ministro Carlos Britto na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 24 de maio de 2005, publicado no Diário da Justiça de 7 de outubro de 2005.



24. Essa orientação inviabiliza a pretensão de que seja determinado ao Superior Tribunal de Justiça, como pretende o impetrante, o conhecimento do **serôdio** agravo regimental interposto pela defesa contra o ato mediante o qual foi negado seguimento ao agravo em recurso especial, ante a ausência de impugnação de todos os fundamentos da decisão que não o admitiu.

25. Isso ocorre porque, nos termos do inciso III do art. 105 da Constituição da República⁵, é de competência exclusiva daquela Corte a análise do preenchimento, ou não, dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial e de eventuais incidentes.

26. Estando em jogo controvérsia sobre o juízo de admissibilidade negativo de recurso especial exercitado, em jurisdição final, pelo Superior, a via do *habeas corpus* só pode ser aberta se o ato impugnado revelar **ilegalidade flagrante** ou **abuso de poder**, nos termos do art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição da República⁶.

27. Nesse sentido, eventual interposição intempestiva do recurso, tomando-se como referência a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, só se justificaria 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**⁷.

28. Não é, contudo, o que se verifica na espécie. A **inércia** ou **desídia** no cumprimento integral do mandato outorgado a advogado constituído, ainda quando configurado interesse recursal, não configura constrangimento ilegal⁸.

29. Cumpre destacar, por outro lado, a inexistência de vícios no acórdão da Quinta Turma que obistou o processamento do agravo interno manejado contra a inadmissão do especial. O órgão fracionário considerou o protocolo do recurso intempestivo. Para o efeito, consignou o seguinte: “o prazo recursal de 5 (cinco) dias

⁵ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

⁶ Art. 5º [...]

LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

⁷ Acórdão do HC 115.659/PR, relatado pelo ministro Luiz Fux na Primeira Turma, julgado em 2 de abril de 2013 e publicado no Diário da Justiça de 25 de abril de 2013.

⁸ Acórdão do HC 89.999/SP, relatado pelo ministro Gilmar Mendes na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 16 de outubro de 2007 e publicado no Diário da Justiça de 7 de março de 2008.



teve início em 20/2/2020 (quinta-feira), com término em 24/2/2020 (segunda-feira), prorrogando-se para o dia 26/2/2020 (quarta-feira), em decorrência do feriado de Carnaval. Não obstante, o agravo regimental somente foi protocolizado em 7/3/2020 [...], após a certificação do trânsito em julgado ocorrido em 27/2/2020, intempestivamente, portanto.”

30. A metodologia do cálculo adotado nessa decisão segue fielmente a linha da que foi alcançada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na sessão de julgamento de 9 de maio de 2019.

31. Na ocasião, os ministros, por maioria de votos, resolveram questão de ordem no agravo regimental na reclamação nº 25.638, no agravo regimental no recurso extraordinário com agravo nº 988.549 e em outros agravos apresentados em processos submetidos ao Tribunal Pleno pela Segunda Turma com o objetivo de apreciar a tempestividade dos recursos e uniformizar, na Corte, o entendimento sobre a matéria.

32. Estabeleceu-se que tanto o **prazo** de quinze dias, como a **forma de contagem** em dias úteis previstos no Código de Processo Civil de 2015 não se aplicam aos agravos internos interpostos em recursos de natureza extraordinária que questionam atos produzidos em processos ou procedimentos penais.

33. Decidiu-se, na oportunidade, que os prazos processuais penais são **contínuos**, na forma do art. 798 do Código de Processo Penal⁹, e que nos agravos regimentais que contestem pronunciamentos monocráticos em recursos de natureza criminal em trâmite perante os tribunais aplica-se o **prazo de cinco dias** previsto no art. 39 da Lei nº 8.038/1990¹⁰.

34. **Prevaleceu**, assim, o entendimento, proposto pelo ministro Edson Fachin e por Vossa Excelência, no sentido de que em ações e recursos regidos pela legislação processual civil, empregados em matéria criminal, prevalecem as disposições processuais penais quanto a contagem de prazos e sistema recursal. Por outro lado, ficou **vencida** a solução proposta pelo ministro Dias Toffoli, que foi acompanhada pelos ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio, a fim de que houvesse uma uniformização de prazos em decorrência da edição do Código de Processo Civil,

⁹ Art. 798. Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado.

¹⁰ Art. 39. Da decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo para o órgão especial, Seção ou Turma, conforme o caso, no prazo de cinco dias.



independentemente da natureza da matéria tratada nos recursos submetidos aos tribunais.

35. Como se vê, apesar do esforço do impetrante para convencer o Supremo de que o agravo regimental manejado contra a inadmissão do especial é tempestivo e, por via de consequência, demonstrar o suposto erro cometido pelo Superior ao não conhecer do recurso, não há **nenhum fundamento jurídico** para se conceder a ordem de *habeas corpus* a fim de desconstituir, em relação ao paciente, o trânsito em julgado do agravo em recurso especial nº 1.658.686, e impor à Quinta Turma a análise da questão atinente à tese de desclassificação da conduta delituosa delineada no recurso.

36. Infere-se, pois, que a insurgência apresentada revela **mero inconformismo** da defesa com o resultado do julgamento que lhe foi desfavorável, não havendo argumento capaz de infirmar as razões de decidir do ato atacado.

-IV-

37. O pedido referente à **formalização de proposta de acordo de não persecução penal** não foi submetido ao crivo da autoridade que o impetrante aponta como coatora. Tratando-se de inovação não apreciada no acórdão impugnado, foge à competência do Supremo Tribunal Federal o julgamento do *habeas* neste ponto.

38. A possibilidade de celebração do referido pacto encontra-se prevista no art. 28-A do Código de Processo Penal. O dispositivo foi incluído pela Lei nº 13.964/2019, e se encontra vigente desde o dia **23 de janeiro de 2020**. Nesta data, a defesa do impetrante já havia sido intimada da decisão por meio da qual o presidente do tribunal de origem remeteu o agravo do art. 1.042 do Código de Processo Civil para o Superior Tribunal de Justiça, mas nem por isso suscitou o exame da matéria.

39. Note-se que essa matéria não foi apresentada à Quinta Turma nem mesmo nos embargos declaratórios opostos **a destempo** pelo patrono do paciente contra o ato do colegiado que deixou de apreciar a questão suscitada nas razões do recurso especial, justamente por encontrar os óbices referentes aos pressupostos do conhecimento apontados no item anterior deste parecer.

40. Sem que tenha sido formulado qualquer requerimento nesse sentido ao juiz competente, **inexiste ato ou decisão capaz de configurar coação ilegal**, de modo que não há qualquer ilegalidade por parte do Superior, e nem é possível decidir-se o



habeas nesse ponto, pois, caso contrário, estar-se-ia, a rigor, subtraindo a competência daquele Tribunal para julgar a matéria.

41. De fato, nos moldes da via ora eleita, há desarrazoado atropelamento às instâncias recursais e ao esgotamento pleno da jurisdição precedente. O conhecimento originário, pelo Supremo, de pretensão que deixou de ser deduzida na origem acarretaria indevida **supressão de instância**, bem como contrariedade à repartição constitucional de competências, ante o evidente extravasamento dos limites descritos no art. 102 da Constituição da República.

Há inúmeros julgados da relatoria de Vossa Excelência nesse sentido. Na medida cautelar no *habeas corpus* nº 190.576, por exemplo, entendeu-se que o exame de pedido de substituição da prisão preventiva em domiciliar “resultaria em supressão de instância” pois não fora “apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça.” Da mesma forma, decidiu-se no *habeas corpus* nº 84.926, que a alegação de prescrição da pretensão punitiva não havia sido posta perante o tribunal a quo, o que “implicaria supressão de instância.” A discussão sobre possível constrangimento ilegal decorrente do apensação de duas ações penais, no *habeas corpus* nº 82.997 também não foi conhecida por ter sido igualmente considerada “matéria não apreciada pelas instâncias inferiores.”

42. É bem verdade que, em **casos de manifesta e grave ilegalidade**, de que são exemplos hipóteses em que “(a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante constrangimento ilegal; ou (b) a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência do STF¹¹”, tais entendimentos são flexibilizados por meio da concessão da ordem de ofício, como aliás requer a defesa técnica.

43. No entanto, o cenário processual descrito nestes autos exclui a possibilidade de exame da matéria sob essa perspectiva, até porque como Vossa Excelência mesmo assinalou na decisão de 6 de agosto de 2020, mediante a qual negou seguimento ao *habeas corpus* 182.255, “**o debate acerca do acordo de não persecução penal não se reveste de qualquer emergencialidade a demandar a superação da súmula 691.**”¹²

44. Embora não se desconheça que a decisão acima transcrita versa descabimento de impetração da ação constitucional de *habeas corpus* contra decisão que haja implicado, em outro tribunal, indeferimento de liminar, seu fundamento, a

¹¹ Cf. acórdão do HC 133.028/SP, relatado pelo ministro Gilmar Mendes na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 12 de abril de 2016 e publicado no Diário da Justiça de 5 de agosto de 2016.

¹² O destaque não consta do original.



necessidade de esgotamento da jurisdição na origem, é aplicável na hipótese, levando-se em consideração que tanto a mitigação do verbete, conforme ficou assentado, sem discrepância de votos, no julgamento do *habeas corpus* nº 85.185¹³, como o alcance que se pretende dar a esta impetração, ensejam a concessão de ofício da ordem.

45. Ainda assim, mesmo que as peças que instruem este processo evidenciassem **teratologia** ou **flagrante hipótese de constrangimento ilegal**, o art. 654, §2º do Código de Processo Penal¹⁴ só poderia ser acionado se o Tribunal fosse **competente** para julgar o mérito, pois como bem destacou o ministro Luiz Fux ao apreciar o *habeas corpus* nº 134.240, “*é uma heterodoxia do Supremo dizer que não cabe HC mas analisar para concessão de ofício.*”

-V-

46. No campo da **eventualidade**, surgem várias razões para se considerar **inadequada** a discussão do cabimento do acordo de não persecução penal neste *habeas*. A principal delas, e talvez a mais óbvia, tem a ver com a **preclusão maior** da condenação havida na 1ª Vara de Entorpecentes e Contravenções Penais do Distrito Federal.

47. É incontestável que a **desconstituição da coisa julgada** pela via do *habeas* é admitida pela jurisprudência do Supremo. Basta ver que ao apreciar o recurso em *habeas corpus* nº 82.045, a Primeira Turma do Tribunal assentou que “*a coisa julgada estabelecida no processo condenatório não é empecilho, por si só, à concessão de habeas corpus por órgão jurisdicional de gradação superior, de modo a desconstituir a decisão coberta pela preclusão máxima.*”

Idêntica conclusão foi alcançada pela Segunda Turma ao examinar o recurso em *habeas corpus* de nº 64.076: “*o habeas corpus constitui meio hábil a arguição de nulidades do processo penal, ainda que haja sentença trânsita em julgado.*” Por fim, também neste colegiado já se decidiu, durante o julgamento do recurso ordinário constitucional nº 60.264, pelo cabimento da impetração que faz “*as vezes de revisão criminal, ainda que a condenação haja transitado em julgado e, inclusive, para a obtenção, se cabível da declaração de prescrição ou de nulidade processual.*”

¹³“O enunciado da súmula 691 do Supremo não o impede de, tal seja a hipótese, conhecer de *habeas corpus* contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido ao Superior Tribunal de Justiça, indefere liminar.”

¹⁴ Art. 654. [...]

§ 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.



48. Surge inviável, entretanto, analisar, na via extraordinária, o cabimento de acordo de não persecução penal em um processo com **condenação definitiva**, especialmente quando o próprio impetrante diz **textualmente** neste *habeas* que a aplicação do instituto previsto no art. 28 do Código de Processo Penal só abrange os casos em “*em que já tenha sido proferida sentença condenatória, sem trânsito em julgado.*”

49. Portanto, a não ser que o Supremo reabra o debate sobre a tempestividade do agravo interno que, em matéria criminal, deixa de observar a regência específica quanto à matéria no Código de Processo Penal e na Lei nº 8.038/1990, e consequentemente cancele a certidão que pôs fim à ação penal a que respondeu o paciente, a solução pertenceria ao **membro do Ministério Público responsável pela fiscalização da execução da pena** imposta, nos termos do art. 66, inciso I, combinado com o art. 67, ambos da Lei nº 7.210/1984¹⁵, inclusive porque dependente de **revolvimento de matéria fático-probatória**, inviável em sede de *habeas corpus*¹⁶.

Há na jurisprudência do Supremo registro de um precedente nesse sentido. Ao examinar o *habeas corpus* nº 74.552, a Primeira Turma asseverou, com base no que dispõe o verbete nº 611 da Súmula do Supremo, não haver após o trânsito em julgado da sentença condenatória, 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.

50. A viabilidade do desenlace apontado no item anterior demanda necessariamente, conforme será visto em seguida, que apresentadas respostas às “questões-problemas” lançadas por Vossa Excelência no despacho de 22 de setembro de 2020.

-VI-

51. No que diz respeito às indagações de **direito intertemporal** que envolvem o art 28-A do Código de Processo Penal, faz-se necessário, inicialmente, esclarecer em que consiste a aplicação “imediata” e a aplicação retroativa da referida norma processual penal.

¹⁵ Art.66. Compete ao juiz da execução:

I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado.

¹⁶ Nesse sentido a ementa do acórdão do HC 62.432/SP, relatado pelo ministro Rafael Mayer na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 12 de março de 1985 e publicado no Diário da Justiça de 1º de abril de 1985: “Descabe em *habeas corpus*, senão ao Juiz das Execuções Penais, aplicar regime de prisão adequado à lei penal superveniente, tanto mais que a providência deve ser adotada à luz de prova complexa.”



52. A aplicação “**imediate**”, tal como se encontra articulada no art. 2º daquele mesmo diploma legal¹⁷, nada mais é do que uma expressão particular da regra *lex posterior derogat priori*, na qual o conflito de normas é decidido a favor da aplicação da lei nova ao ato processual presente¹⁸, a par de ser distinta da que estava em vigor no momento do *tempus delicti*. Por essa razão, não é necessário invocar o princípio do tratamento mais favorável para justificar a sua incidência¹⁹.

53. É igualmente **desinfluyente**, para esse efeito, que ela tenha fonte normativa no direito material ou processual. Segundo a literatura especializada, “*decisivo é apenas o seu conteúdo; e por isso pode talvez afirmar-se que são **normas processuais materiais** todas aquelas que contendam com as garantias subjacentes à proibição da retroatividade *in pejus* e **normais processuais formais** as restantes. Deste modo, a distinção não deve ser um *prius* relativamente à questão da (não) sujeição das normas àquela proibição, mas sim um resultado da correta delimitação do âmbito da proibição de retroatividade desfavorável. Só por essa via se logra superar completamente o aludido vício conceitualista que, sem qualquer fundamento constitucional ou legal, infere o regime aplicável da “natureza” das normas.*”²⁰

54. A proibição de retroatividade *in pejus* excetua, como se vê acima, a regra *lex posterior derogat priori* e logo impede a aplicação “imediate” da lei processual penal. Conduz à aplicação da lei antiga, que terá eficácia ultra-ativa imprópria, na medida em que irá regular um ato processual ocorrido após a cessação de sua vigência²¹.

Já se a lei processual penal nova for mais favorável, terá **eficácia retrospectiva** (ou retroativa imprópria), com efeitos *ex nunc*, “sempre, em qualquer caso”²², atingindo atos processuais que são decorrência direta da prática, anterior à sua vigência, da infração penal que deu origem à instauração do processo-crime no qual se desenvolvem. É esse o caso do art. 28-A do Código de Processo Penal, que segue a máxima *tempus regit actum*.

55. O fenômeno da **retroatividade** distingue-se do da **retrospectividade**: enquanto neste há incidência da lei processual penal nos reflexos jurídicos atuais de eventos verificados após a data em que entrou em vigor (presente), naquele a

¹⁷ Art. 2º. A lei processual aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

¹⁸ CAEIRO, Pedro. Aplicação da lei penal no tempo e prazos de suspensão da prescrição do procedimento criminal. Separata de: DIAS, Jorge de Figueiredo e outros (orgs.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 244.

¹⁹ CAEIRO, *cit.*, p. 244.

²⁰ CAEIRO, *cit.*, p. 243.

²¹ CAEIRO, *cit.*, p. 236..

²² CAEIRO, *cit.*, p. 242.



aplicação dirige-se a fatos cujos efeitos jurídicos se exauriram antes de sua vigência (passado) e que, por essa razão, não revelam uma **sucessão normativa** no sentido estrito do termo, já que “a lei nova não pode aspirar a regular (novamente) uma situação cujos efeitos jurídicos se esgotaram antes de sua entrada em vigor.”²³

Essa foi, aliás, a compreensão sufragada pela Segunda Turma na ementa do acórdão do agravo regimental no recurso extraordinário nº 752.988, na qual se lê o seguinte *obiter dictum*: “Desse modo, se a lei nova vier a prever recurso antes inexistente, após o julgamento realizado, a decisão permanece irrecorrível, mesmo que ainda não tenha decorrido o prazo.”

56. A **retroatividade** das normas processuais penais materiais, portanto, tem no caso julgado de autoridade relativa o seu limite, o que pressupõe, de acordo com a doutrina que melhor abordou o assunto, inexistir, **em tese**, impedimento à aplicabilidade da *lex mitior* quando “a responsabilidade penal ainda não tenha extinguido, isto é, que a pena aplicada com fundamento na lei antiga ainda não esteja inteiramente cumprida.”²⁴

57. Controverte-se, no entanto, quanto à possibilidade do caso julgado de autoridade relativa fazer frente à **aplicação retroativa** da lei processual penal nova favorável nas hipóteses em que a situação jurídico-penal do indivíduo já esteja **estabelecida** por meio de sentença transitada em julgado em momento **anterior** à vigência da norma, a despeito de não ter sido extinta ainda **toda** a sua responsabilidade em termos de pena principal, penas acessórias e efeitos penais da condenação²⁵.

58. Felizmente, a interpretação desse quadro legal e o modo de o concretizar perante processos transitados em julgado foram objetos do julgamento do *habeas corpus* nº 74.305, oportunidade em que o Tribunal Pleno fixou jurisprudência nos seguintes termos: “os limites da aplicação retroativa da *lex mitior* [...] ocorrem [...] 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.”

Essa posição, de certa maneira, reflete a disciplina legal alemã sobre os acordos negociados (“*Verständigung*”), que não impõe qualquer *terminus ad quem* para se formalizá-los em juízo, o que para alguns autores tem sido entendido como

²³ CAEIRO, *cit.*, p. 246.

²⁴ TAIPA DE CARVALHO, Américo Alexandrino. *Sucessão de leis penais*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 113.

²⁵ TAIPA DE CARVALHO, *cit.*, pp. 113-114.



significando que podem ser alcançados até ao último momento possível, até porque “no processo penal a tentativa de consenso deve ser levada tão longe quanto possível.”²⁶

59. Como é dado constatar, muito embora a discussão em causa dissesse respeito à viabilidade de aplicar-se naquele *habeas*, a suspensão condicional do processo, prevista no então novel art. 89 da Lei nº 9.099/1995 – a um paciente cuja condenação **ainda não havia transitado em julgado**, o Supremo houve por bem avançar na questão pertinente a este ponto da presente impetração. Por isso mesmo, face ao que se decidiu naquele acórdão, poderia se afirmar, **mudando o que tem que ser mudado**, que a aplicação retroativa do art. 28-A do Código de Processo Penal deve necessariamente se desenrolar em momento **anterior** ao trânsito em julgado da sentença.

60. Como primeiro ponto de apoio para essa tese, surge a necessidade da precisa caracterização da **finalidade** do art. 28-A do Código de Processo Penal, que **não é uma norma despenalizadora**. O desconhecimento da distinção entre lei processual penal mais benigna e lei descriminalizadora conduz a decisões judiciais equivocadas no que diz respeito à **retroatividade** da *lex mitior*²⁷, pois se contivesse uma norma processual penal material *despenalizadora*, o dispositivo atingiria também os casos com condenações transitadas em julgado já executadas, o que não ocorre, como já se referiu.

61. O **objetivo primário** do acordo de não persecução penal é **abreviar** o processo-crime. Portanto, sendo um **instrumento destinado a favorecer e facilitar o decurso do feito**, não faz sentido aplicá-lo nas hipóteses em que a sentença condenatória já fez coisa julgada, independentemente do estágio em que se encontra a “*atividade judicial, exercida de modo coativo, que tem como escopo efetivar o conteúdo do julgado condenatório firme*”²⁸, definida como execução penal. Essa fase processual simplesmente “não mais condiz com a finalidade para qual o benefício foi instituído.”²⁹

²⁶ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011, pp. 25 e 72.

²⁷ Cf. TAIPA DE CARVALHO, *cit.*, p. 61.

²⁸ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Execução penal*. Disponível em <<https://www.apitombo.com.br/sergio-pitombo>>. Acesso em 29 dez. 2020.

²⁹ Acórdão do HC 115.247/MS, relatado pelo ministro Gilmar Mendes na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 12 de novembro de 2013 e publicado no Diário da Justiça de 29 de novembro de 2013.



62. O segundo ponto a destacar é, de certa forma, uma extensão do primeiro. Não se pode ignorar que a confissão formal e circunstancial do imputado é **pressuposto essencial**, uma *conditio sine qua non*³⁰, da norma consubstanciada no art. 28-A do Código de Processo Penal, conforme se depreende da leitura do *caput* do tipo, abaixo transcrito:

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 [...].

63. A orientação da lei brasileira guarda correspondência com o §257c (2), segunda parte, do *Strafprozessordnung*, o Código de Processo Penal alemão, segundo o qual a **confissão deve ser parte integrante de qualquer acordo** ("*Bestandteil jeder Verständigung soll ein Geständnis sein*"), que regula um ato de disposição do objeto do processo penal similar ao que foi adotado na legislação brasileira, e que inclusive foi declarado compatível com a Lei Fundamental da Alemanha pelo Tribunal Constitucional Federal daquele país, no acórdão de 19 de março de 2013 sobre a lei dos acordos³¹.

64. E assim deve ser, porque o acordo de não persecução penal exige **bilateralidade** nas prestações envolvidas, de modo que há uma **troca** de uma promessa de não processar³² por uma **confissão formal e circunstancial**, permitindo-se assim um **desfecho mais rápido do processo**, dado que a aceitação do acordado determinará, sendo o caso, uma instrução com menos momentos probatórios³³.

65. Para o imputado, a contrapartida que advém da confissão cifra-se na aceitação de condições ajustadas que satisfaçam as exigências de prevenção especial e geral e, ao mesmo tempo, representem uma **vantagem** tal a ponto de levá-lo a aderir à proposta de acordo. Com isso, passa a ter **certeza sobre o resultado do processo** e também a fazer jus à **atenuante** prevista no art. 65, inciso III, alínea "d", do Código

³⁰ A expressão foi emprestada de DIAS, *cit.*, p. 46, que em sua obra refere-se ao acordo sobre a sentença decorrente da orientação nº 1/2012, da Procuradoria Geral Distrital de Lisboa, de 13 de janeiro de 2012.

³¹ BverfG, 2 BvR 2628/10, paras. 1-132.

³² CABRAL, Antonio do Passo. *Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro*. Revista de Processo, v. 45, n. 305, jul., 2020, p. 27.

³³ Discute-se se a base jurídica dessa vinculação seria contratual. Para LEITMER, §257c Abs.1 S.2 i.V.m. § 244 Abs.2 StPO?!, HRRS 9, set. 2013, pp. 362-366, os contratos são celebrados entre partes livres e iguais ("*Verträge werden zwischen Freien und Gleichen geschlossen*"), o que não ocorreria, segundo o autor, no processo penal, onde haveria assimetria entre os sujeitos processuais ("*Verträge erfordern Symmetrie, im Strafprozess herrscht Asymmetrie*") e submissão ("*Unterwerfung*") do imputado ao império da lei.



Penal, caso venha a ser utilizada, no futuro, para formar o convencimento do julgador. Não se deve esquecer, ainda, que a confissão da infração penal, desde que espontânea, exerce **função restaurativa** e é considerada medida de reparação à vítima³⁴.

66. O equilíbrio entre a **descoberta da verdade** e a **celeridade** que advém da exigência da confissão prevista no art. 28-A do Código de Processo Penal não significa, contudo, que possa o juiz se eximir das funções tão somente porque o imputado proferiu uma declaração reconhecendo a prática de uma infração penal para por fim ao processo.

67. Por mais que o instituto tenha como objetivos reduzir os esforços envolvidos na instrução do processo penal, economizar recursos do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, evitar que os tribunais fiquem sobrecarregados, o juiz a quem competir a homologação do acordo de não persecução penal deverá examinar cuidadosamente a **credibilidade da confissão**³⁵, até porque a simples confissão formal dos fatos não atende o *standard* de “voluntariedade” a que alude o §4º do art. 28-A do Código de Processo Penal.

Em um processo que como o presente também tinha como matéria de fundo uma acusação por tráfico de entorpecentes, o Tribunal de Justiça Federal da Alemanha asseverou, em um acórdão de 3 de março de 2005, que o juiz responsável pela análise de um acordo negociado tem de estar convencido da lisura da confissão.³⁶

68. Tanto é assim que o legislador alemão, tendo ciência do risco de confissões meramente formais, vazias de conteúdo, decorrentes dos incentivos e tentações que envolvem os acordos negociados, impôs aos magistrados incumbidos de apreciá-los um dever *ex officio* de sindicância, entendido como exigindo que a verosimilhança das declarações auto-incriminatórias fosse revista³⁷ (“*überprüfen*”), o que para a doutrina é decisivo “para impedir que uma solução de justiça negociada resvale para um cenário incompatível com o princípio do Estado de direito.”³⁸

³⁴ De acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, as medidas de reparação integral classificam-se em: (i) restituição; (ii) reabilitação; (iii) satisfação; (iv) garantias de não repetição; (v) obrigação de investigar os fatos, determinar os perpetradores e, se for caso, punir; e (vi) indenização. Cf. caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Mérito, reparações e custas. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C, nº 149, § 81, entre outros.

³⁵ Para DIAS, *cit.*, p. 47, a “confissão credível é aquela que, face aos restantes elementos probatórios constantes do processo, surge como em absoluto coerente.”

³⁶ BGH GSt 1/04, par. 41.

³⁷ BverfG, 2 BvR 2628/10, par. 68.

³⁸ BRANDÃO, Nuno. *Acordos Sobre a Sentença Penal: Problemas e Vias de Solução*. Revista Julgar, n. 25, Coimbra, 2015, p. 167.



Destaque-se, entretanto, que essa revisão, de acordo com a jurisprudência alemã, “deve ser robusta de modo que se possa examinar se ela é coerente com a situação versada nos autos, a ponto de não haver mais necessidade de se elucidar os fatos”³⁹, mas também não deve sujeitar-se a “requisitos ainda mais estritos do que os que seriam aplicados às provas obtidas durante uma audiência ordinária de instrução e julgamento”⁴⁰.

69. A compreensão exposta no parágrafo anterior está em sintonia com a jurisprudência do Supremo, que aceita a confissão extrajudicial quando corroborada por outros meios de provas⁴¹. Assim, desde que ela sirva como “*elemento probatório dirigido ao esclarecimento e comprovação dos fatos objeto do processo*”⁴² e não como “*simples declaração ou assunção de culpa*”⁴³, não há razão para deixar de utilizá-la para fundamentar, nos moldes do verbete nº 545 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça⁴⁴, futura condenação em caso de descumprimento do acordo de não persecução penal.

70. Agora bem, não se pode levar o conceito de “voluntariedade” do ato confessorio às últimas consequências. Diferentemente do que pode sugerir a redação do art. 28-A do Código de Processo Penal, a ausência de confissão na esfera policial, ou perante a autoridade judiciária, no curso do processo-crime, não impedem que o **impulso inicial** do procedimento consensual seja dado por qualquer dos sujeitos que devam firmar o acordo de não persecução penal, razão pela qual não há qualquer inconveniente, bem pelo contrário, que o Ministério Público, *motu proprio*, a tome e a registre.

71. Com isso, evidentemente não se quer dizer que a confissão a que refere o dispositivo possa ser dispensada, e sim que a eventual ausência de confissão na fase investigatória ou processual não obsta as **conversações** dirigidas à formação do acordo de não persecução penal se o imputado revelar **disponibilidade** para apresentar uma confissão em momento posterior àquele previsto no art. 6º, inciso V, do Código de Processo Penal⁴⁵ ou em qualquer outro, conforme autoriza o art. 196⁴⁶, inclusive na

³⁹ BGH GSSt 1/04, par. 41.

⁴⁰ BverfG, 2 BvR 2628/10, par. 71.

⁴¹ Acórdão do HC 116.437/SC, relatado pelo ministro Gilmar Mendes na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 4 de junho de 2013 e publicado no Diário da Justiça de 19 de junho de 2013.

⁴² BRANDÃO, *cit.*, p. 173.

⁴³ *Idem*, *ibidem*.

⁴⁴ “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.”

⁴⁵ Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá, entre outras ações: [...] V- Ouvir o indiciado.

⁴⁶ Art. 196. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer



fase recursal, desde que a iniciativa ainda se mostre **útil** para o proponente, o que, naturalmente, deverá ser objeto de fundamentação.

O §160b(1), do Código de Processo Penal alemão reforça a percepção acima exposta, ao consignar que “o Ministério Público pode discutir o estado do processo com os participantes processuais, na medida em que tal pareça adequado a favorecer o processo”.

72. Isso não ocorre, retornando ao que deu ensejo a essas considerações, na fase de **execução da pena**, por mais que seja provisória, no sentido que se atribuiu no item 57 desta manifestação. As razões, nunca é demais repetir, têm a ver com o desenvolvimento do feito.

73. Se o art. 28-A da lei adjetiva penal visa **facilitar e simplificar** o processo, e consequentemente, a instrução e o julgamento da ação penal, não faz sentido retroagir sua aplicação para produzir uma prova que não mais poderá ser aproveitada, o que implica dizer que, se já houve a formação da coisa julgada, a situação de fato existente não mais admite que o acordo de não persecução penal alcance a finalidade para que foi instituído e que decorre de sua própria natureza jurídica.

-VII-

74. Sem opor a coisa julgada ao exame do caso, haveria, finalmente, a problemática de fundo a **desestimular** a concessão de ofício do *writ*. É que o paciente ostenta **antecedentes criminais** decorrentes de pena privativa de liberdade e de sanções previstas no §4º do art. 76 da Lei nº 9.099/1995, todas extintas há mais de cinco anos, que, embora não sirvam para fins de reincidência, podem ser valorados como “*elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional*” ou como dados de que no quinquênio anterior ao cometimento, em **14 de julho de 2018**, do crime de tráfico de drogas que deu origem a este *habeas*, foi beneficiado em transação penal.

75. A primeira anotação diz respeito à condenação à pena de um ano de prisão, imposta ao paciente em **25 de julho de 2013** pelo Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 11ª Circunscrição da Justiça Militar, que considerou o paciente incurso no art. 290, *caput*, do Código Penal Militar, por ter sido flagrado, em 21 de junho de 2012, com 20,8 gramas de maconha, acondicionadas em seu armário, no alojamento do 11º Depósito de Suprimento do Exército Brasileiro. A execução da

das partes.



sanção foi suspensa por dois anos, com base no que dispõe o art. 84 do Código Penal Militar⁴⁷.

76. O prazo da suspensão da pena expirou em **31 de agosto de 2015**, sem que tivesse sido revogada, muito embora pudesse ter sido, já que quando ainda cumpria o **período de prova** determinado pela Justiça Militar da União, o paciente veio a ser duplamente beneficiado com o instituto previsto art. 76 da Lei nº 9.099/1995, a despeito do inciso I do §2º daquele mesmo dispositivo legal não admitir a propositura de transação penal se ficar comprovado “*ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva.*”

77. Essa informação consta da página de consulta processual mantida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal na internet. Nela, verifica-se que o paciente foi beneficiado com transação penal pela primeira vez em **12 de agosto de 2013**, nos autos do processo nº 2013.01.1.005657-4, da 2ª Vara de Entorpecentes do Distrito Federal, por infração ao art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, e pela segunda vez em **6 de novembro de 2014**, nos autos do processo nº 2014.01.1.137857-4, do Juizado Especial Criminal do Guará, pela prática do delito previsto no art. 33, § 3º, da Lei nº 11.343/2006.

78. Se os maus antecedentes do paciente, por si sós, não forem bastantes para obstar a expedição de ofício de ordem de *habeas corpus*, certamente servirão para obstar a aplicação do acordo de não persecução penal, com base nos incisos II e III do §2º do art. 28-A, do Código de Processo Penal⁴⁸.

- VIII -

79. O Ministério Público Federal arremata esta manifestação preconizando o **não conhecimento** da primeira causa de pedir desta impetração, considerada a jurisprudência do Supremo que impede o reexame, pela via estreita da petição de

⁴⁷ Acórdão da Apelação nº 0000140-85.2012.7.11.0011, relatado pelo ministro William de Oliveira Barros no Superior Tribunal Militar, julgado em 22 de outubro de 2013 e publicado no Diário da Justiça de 4 de novembro de 2013.

⁴⁸ Art. 28-A. [...] o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal [...]

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

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.



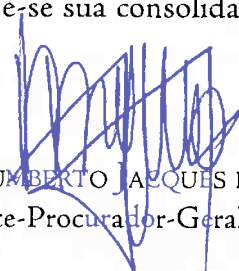
habeas corpus, dos pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante outros tribunais.

80. Em relação à segunda causa de pedir, o alvitre do órgão também é pelo **não conhecimento**. Transitado em julgado o título condenatório, não há coação ilegal atribuível ao Superior Tribunal de Justiça por ter deixado de aplicar o art. 28-A do Código de Processo Penal após o julgamento da apelação, sendo impróprio analisar, na via extraordinária, a viabilidade de acordo de não persecução penal. O tema há de ser examinado, caso haja provocação, pelo membro do Ministério Público responsável pela fiscalização da execução penal, que dispõe de elementos seguros alusivos à ação penal.

81. Conhecido o *habeas* ou na hipótese de vir a ser concedida ordem de ofício, o órgão recomenda o **indeferimento** do *writ* em relação ao primeiro pedido, ante o precedente do Tribunal Pleno, referente ao agravo regimental no recurso extraordinário com agravo nº 988.549, do qual foi relator Vossa Excelência, ocasião em que restou assentado entendimento no sentido da não incidência, nos recursos de natureza criminal, dos prazos versados no Código de Processo Civil, tendo em vista a regência específica quanto à matéria no Código de Processo Penal e na Lei nº 8.038/1990.

82. Nessa mesma linha de raciocínio, também deve ser declarado o **prejuízo** do segundo pedido, na medida em que o advento do trânsito em julgado da condenação é incompatível com o art. 28-A do Código de Processo Penal, que tem como finalidade, conforme assinalado, a **abreviação do processo penal**. Trata-se, ainda, de requerimento juridicamente impossível, pois há em nome do paciente antecedentes criminais decorrentes de pena privativa de liberdade e de sanções previstas no §4º do art. 76 da Lei nº 9.099/1995, extintas há mais de cinco anos, que impedem, nos termos do art. 28-A § 2º, incisos I e II, segunda parte, do Código de Processo Penal, a propositura de acordo de não persecução penal.

83. Quanto às teses aludidas no despacho proferido por Vossa Excelência em 22 de setembro de 2020, propõe-se sua consolidação na forma exposta na ementa deste parecer.


HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS
Vice-Procurador-Geral da República

Brasília, 8 de fevereiro de 2021.