



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000398579

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0007033-08.2017.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são apelantes FÁBIO SCHAUENBURG TEIXEIRA e RAFAEL TEIXEIRA CARDOSO SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime, converteram os autos em diligência, acolhendo a preliminar para determinar a remessa dos autos à origem visando o oferecimento do ANPP, estendendo-se a ambos os apelantes. V.U. Sustentaram oralmente o Ilmo. Defensor Dr. Alberto Zacharias Toron, o Ilmo. Defensor Dr. Damilton Lima de Oliveira Filho e o Ilmo. Defensor Dr. Felipe Mello de Almeida. Usou a palavra o Exmo. Procurador de Justiça Dr. Marcio Sergio Christino.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMILO LÉLLIS, vencedor, LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), vencido, LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) E EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 15 de abril de 2025

*

RELATOR DESIGNADO

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 0007033-08.2017.8.26.0564

Comarca: São Bernardo do Campo

Apelantes: Rafael Teixeira Cardoso Santos e Fabio Schauenburg Teixeira.

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Magistrada: Dra. Sandra Regina Nostre Marques

Voto nº 48.400

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO MEDIANTE FRAUDE E ABUSO DE CONFIANÇA. PEDIDO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL ACOLHIDO.

I. Caso em Exame.

1. Os acusados foram condenados à pena de 06 anos e 08 meses de reclusão, além de 33 dias-multa, por furto qualificado mediante fraude e abuso de confiança em continuidade delitiva, em regime semiaberto. Inconformados, apelaram. Preliminarmente, a Defesa de um dos acusados busca a conversão do julgamento em diligência para oferecimento de Acordo de Não Persecução Penal; o reconhecimento da ilicitude da prova condenatória, obtida por meio de quebra de sigilo bancário e fiscal, a nulidade decorrente da perda de chance probatória, em razão do extravio das gravações da câmera de segurança da empresa vítima, e a nulidade pela possível falta de acesso aos elementos dos autos. No mérito, os apelantes almejam a improcedência da ação e a consequentemente buscam a absolvição, ao argumento de insuficiência probatória, uma vez que ausentes elementos que comprovem a autoria e materialidade dos fatos. Subsidiariamente, requer a Defesa do apelante a desclassificação para o delito de estelionato; o afastamento da qualificadora de abuso de confiança; a fixação da pena-base no patamar mínimo; a redução do patamar de elevação da continuidade delitiva e, a fixação de regime inicial aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Por sua vez, a Defesa do outro apelante busca, subsidiariamente, a fixação da pena-base no patamar mínimo; a redução do patamar de elevação da continuidade delitiva, e a fixação de regime inicial aberto.

II. Questão em Discussão.

2. A questão em discussão consiste em (i) a possibilidade de conversão do julgamento em diligência para oferecimento de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), (ii) a ilicitude da prova

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

obtida por quebra de sigilo bancário e fiscal, (iii) a nulidade pela perda de chance probatória devido ao extravio de gravações de segurança, e (iv) a nulidade pela falta de acesso aos elementos dos autos.

III. Razões de Decidir.

3. O STF decidiu que o ANPP deve ser oferecido independentemente do estágio do processo, desde que antes do trânsito em julgado, conforme HC nº 815.913/DF.

4. A jurisprudência do STJ e STF reconhece a retroatividade do art. 28-A do CPP como norma penal mais benéfica, aplicável a processos em andamento.

IV. Dispositivo e Tese.

5. Recurso provido para acolher a preliminar pleiteada por um dos acusados e determinar a remessa dos autos à origem visando o oferecimento do ANPP, estendendo-se o benefício ao corréu.

Tese de julgamento: 1. A celebração de ANPP é cabível em processos em andamento antes do trânsito em julgado. 2. A retroatividade do art. 28-A do CPP deve ser aplicada como norma penal mais benéfica.

Legislação Citada:

Código Penal, art. 155, § 4º, II, c/c art. 71.

Código de Processo Penal, art. 28-A.

Constituição Federal, art. 5º, XL.

Jurisprudência Citada:

STF, HC nº 815.913/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, j. 18.09.2024.

STJ, REsp Nº 1890344 - RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Turma, j. 23.10.2024.

STF, SEGUNDO AG.REG. no HC 217.275/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 27.03.2023.

Vistos,

Pela r. sentença de fls. 2816/2828, **Fabio Schauenburg Teixeira** e **Rafael Teixeira Cardoso Santos** saíram condenados à pena de 06 anos e 08 meses de reclusão mais pagamento de 33 dias-multa, valor unitário mínimo, como incursos no art. 155, § 4º, II, c/c art. 71, ambos do Código Penal (furto qualificado mediante fraude e abuso de confiança em continuidade delitiva), fixado para ambos o regime semiaberto.

Inconformados, apelam os acusados (fls.

4551/4568 e 6283/6357).

A Defesa do apelante **Rafael**, preliminarmente pleiteia: a conversão do julgamento em diligência para oferecimento de Acordo de Não Persecução Penal; o reconhecimento da ilicitude da prova condenatória, obtida por meio de quebra de sigilo bancário e fiscal, a nulidade decorrente da perda de chance probatória, em razão do extravio das gravações da câmera de segurança da empresa vítima, e a nulidade pela possível falta de acesso aos elementos dos autos.

Subsidiariamente, requer a Defesa do apelante **Rafael**: a desclassificação para o delito de estelionato; o afastamento da qualificadora; a fixação da pena-base no mínimo, a redução do patamar de elevação da continuidade delitiva, e a fixação de regime inicial aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Por sua vez, a Defesa de **Fabio** busca, subsidiariamente, a fixação da pena-base no patamar mínimo; a redução da elevação da continuidade delitiva, e a fixação de regime inicial aberto.

No mérito, ambos os apelantes combatem a r. sentença, pretendendo, essencialmente, a modificação do julgado em sua parte meritória e conclusiva, buscando a improcedência da demanda e consequente inversão do resultado, com absolvição, por insuficiência da prova



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

acusatória, pois ausentes elementos que comprovem a autoria e materialidade dos fatos.

Por sua vez, a Defesa de Fabio busca, subsidiariamente a Defesa do apelante Fábio a fixação da pena-base no patamar mínimo; a redução do patamar de elevação da continuidade delitiva, e a fixação de regime inicial aberto.

Contrariado o recurso pelo Ministério Público e pelo Assistente da Acusação (fls. 6386/6402 e 6409/6427), subiram os autos, tendo a douta Procuradoria de Justiça opinado pela rejeição das preliminares e pelo desprovimento do apelo (fls. 6447/6458 e 8147/8148).

É o relatório.

Como se viu, a Defesa de Rafael Teixeira Cardoso Santos, preliminarmente, entre o mais, a conversão do julgamento em diligência, *“para que os autos sejam remetidos ao MP para oferecimento de ANPP, absolutamente cabível, embora não tenha sido proposto”*.

E, de fato, a pretensão merece acolhimento.

Explica-se:

Recentemente, decidiu o STF, no julgamento do HC nº 815.913/DF, que o ANPP deve ser oferecido, independentemente do estágio em que o processo se encontra,

desde que antes do trânsito em julgado (j.18.09.2024).

Importa colacionar trechos pertinentes da ementa descrita no V. Acórdão citado, que me direcionaram a alterar meu entendimento anterior a respeito das condições e da oportunidade para o oferecimento do ANPP:

*“1. Compete ao membro do Ministério Público oficiante, motivadamente e no exercício do seu poder-dever, avaliar o preenchimento dos requisitos para negociação e celebração do ANPP, sem prejuízo do regular exercício dos controles jurisdicional e interno; 2. **É cabível a celebração de Acordo de Não Persecução Penal em casos de processos em andamento quando da entrada em vigência da Lei nº 13.964, de 2019, mesmo se ausente confissão do réu até aquele momento, desde que o pedido tenha sido feito antes do trânsito em julgado;** 3. Nos processos penais em andamento na data da proclamação do resultado deste julgamento, nos quais, em tese, seja cabível a negociação de ANPP, se este ainda não foi oferecido ou não houve motivação para o seu não oferecimento, **o Ministério Público**, agindo de ofício, **a pedido da defesa** ou mediante provocação do magistrado da causa, deverá, na primeira oportunidade em que falar nos autos, **após a publicação da ata deste julgamento, manifestar-se motivadamente acerca do cabimento ou não do acordo;** 4. Nas investigações ou ações penais iniciadas a partir da proclamação do resultado deste julgamento, a proposição de ANPP pelo Ministério Público, ou a motivação para o seu não oferecimento, devem ser apresentadas antes do recebimento da denúncia, ressalvada a possibilidade de propositura, pelo órgão ministerial, no curso da ação penal, se for o caso”.*

(destaquei).

Demais disso, insta registrar que o Superior Tribunal de Justiça expressamente anotou a alteração de entendimento jurisprudencial daquela Corte, reportando-se e adotando a orientação exposta no julgamento do citado HC n. 815.913/DF, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Assim, em sede de recurso ali interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão do TRF, que entendeu que o art. 28-A, do CPP possuía natureza híbrida e deveria retroagir para alcançar os processos em fase recursal, negou provimento àquele recurso (REsp Nº 1890344 - RS (2020/0209104-0) RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, Terceira Turma, j. 23/10/2024).

E no mesmo sentido, decisão proferida pelo STF, V. Acórdão de relatoria do E. Ministro Edson Fachin, figurando como agravante o Ministério Público do Estado de São Paulo, valendo colacionar recortes que ora importam:

“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, 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”. (grifei).
(...)*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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 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) (destaquei).

(...)

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. (grifei).

(...)

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". (sem destaque no original) (SEGUNDO AG.REG. no HABEAS CORPUS 217.275/SP, SEGUNDA TURMA, j. 27.03.2023, v.u).

Ante o exposto, pelo meu voto, seguindo a novel orientação do STF (HC 815.913/DF), acolhe-se a preliminar para que seja oportunizada a ANPP ao acusado Rafael, determinando-se a remessa dos autos à origem para a referida providência, estendendo-se a possibilidade do benefício ao corréu Fábio.

CAMILO LÉLLIS
Relator Designado