

VOTO-VOGAL

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* .
ART. 28-A DO CPP. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PODER-DEVER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ATO DISCRICIONÁRIO NOS LIMITES DA LEI (DISCRICIONARIEDADE REGRADA OU MITIGADA). NORMA DE NATUREZA MISTA OU HÍBRIDA (MATERIAL E PROCESSUAL). APLICAÇÃO RETROATIVA A PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA ENTRADA EM VIGOR DA NORMA. LIMITE TEMPORAL: TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. ART. 28-A, § 2º, DO CPP. ROL DE HIPÓTESES EXCLUDENTES DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ANALOGIA *IN MALAM PARTEM* : IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE MANIFESTA. PROVIMENTO.

1. O ANPP não é um direito público subjetivo do acusado, já que não pode ser concedido pelo juiz sem a participação ativa do Ministério Público.
2. Por se tratar de um poder-dever, impõe-se ao Órgão acusador que se manifeste, motivadamente, seja, de um lado, quando o exerce positivamente (propositura do acordo), seja, de outro, quando reputa inadequada a pactuação.
3. Tem-se norma de natureza híbrida, ou mista, porque, embora discipline instituto processual, repercute na pretensão punitiva (de natureza material), devendo retroagir, ante o princípio da retroatividade da norma penal benéfica (CRFB, art. 5º, inc. XL).
4. O conteúdo processual da norma (e do instituto) obriga observar como marco temporal o momento processual do ANPP, que se coloca imediatamente antes da deflagração da ação penal, e não o *tempus delicti* .

5. A retroatividade alcança processos em curso, tendo como limite o trânsito em julgado, no que, após esse momento, encerra-se a persecução penal e inicia-se a persecução executória.

6. O fato de haver trânsito em julgado da sentença condenatória não impede a possibilidade de retroação quando a defesa havia evidenciado o interesse em efetuar a pactuação durante o curso do processo, previamente ao fenômeno, que se operou diante da marcha processual para definição pelo Poder Judiciário dos parâmetros da aplicação retroativa da norma.

7. O rol de hipóteses excludentes do acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A, § 2º, do CPP, não comporta analogia *in malam partem* para compreender, além dos crimes de violência contra mulheres, em razão do sexo, também aqueles crimes cometidos em razão da raça.

8. Recurso ordinário em *habeas corpus* ao qual se dá provimento.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA :

1. Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* , interposto pela Defensoria Pública da União contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do Agravo Regimental no HC nº 772.811/SC, mantendo a decisão monocrática do Ministro Relator que havia indeferido liminarmente o *writ*.

2. Colhe-se dos autos que o recorrente foi condenado à pena de 1 ano e 4 meses de detenção, em regime inicial aberto, convertida em duas penas restritivas de direitos, ante o cometimento do crime previsto no art. 140, § 3º c/c o art. 141, inc. III, do Código Penal (injuriada racial na presença de várias pessoas).

3. O Tribunal de Justiça negou provimento à apelação protocolada pela defesa e não conheceu dos embargos de declaração subsequentes, quando a tese do não oferecimento do acordo de não persecução penal foi aventada.

4. Inconformada, a defesa formalizou *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem. Contra esse acórdão, formalizou o mencionado recurso no STF.

5. Neste recurso ordinário em *habeas corpus*, a Defensoria Pública da União sustenta a viabilidade da propositura, pelo Ministério Público de Santa Catarina, de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Alega inobservado o art. 28-A do Código de Processo Penal. Ressalta que o recorrente preenche os requisitos legais ao implemento do benefício. Refere-se à Lei nº 13.964, de 2019, no que alterou o mencionado dispositivo, dizendo tratar-se de norma de direito processual mista (híbrida), estando submetida ao princípio da retroatividade benéfica. Destaca pendente de julgamento o HC nº 185.913/DF, afetado ao Plenário do Supremo, no qual se discute a aplicabilidade da referida norma no tempo, sendo reconhecido no voto do Ministro Relator seu cabimento em casos de processos em andamento ainda não transitados em julgado. Alega que a condenação transitou em julgado em 14/10/2022, enquanto o RHC nº 772.811/SC foi impetrado no STJ em 20/09/2022, tendo sido a matéria prequestionada em embargos de declaração opostos em face do acórdão de apelação.

6. Embora conclua pedido relacionado à dosimetria da pena, o recorrente busca a intimação do Ministério Público do Estado de Santa Catarina para que se manifeste acerca de interesse na propositura de acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A do CPP.

7. O *Parquet* catarinense (e-doc. 39) e a Procuradoria-Geral da República (e-doc. 46) opinaram pela negativa de provimento, tendo esta última acrescentado manifestação, *ad cautelam*, pela não suspensão do feito na origem, bem como pela não suspensão do prazo prescricional, em virtude da pendência de julgamento do HC nº 185.913/DF pelo Pleno desta Suprema Corte.

É o relatório.

Decido.

8. A questão em jogo é a aplicabilidade, no tempo, da norma que prevê o acordo de não persecução penal, notadamente, o art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 13.964, de 2019 (Pacote Anticrime), cuja entrada em vigor se deu em 23/01/2020.

9. O Tribunal de Justiça não conheceu dos embargos de declaração opostos contra o acórdão de apelação (e-doc. 3), por rechaçar inovação de tese recursal acerca do não reconhecimento do direito ao acordo de não persecução penal, mesmo já vigente a alteração promovida pela Lei nº 13.964, de 2019, introduzindo o art. 28-A do Código de Processo Penal. Ademais, pontuou entendimento do seu órgão fracionário no sentido da aplicabilidade do instituto a fatos anteriores à vigência da nova lei, apenas enquanto não recebida a denúncia (e-doc. 4).

10. No Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Relator indeferiu liminarmente a inicial, confirmando o entendimento daquela Corte acerca da irretroatividade do art. 28-A do CPP quando já recebida a denúncia e encerrada a prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias (e-doc. 8). Agravo regimental interposto não foi conhecido pela Sexta Turma (e-doc. 20).

11. O eminente Ministro Edson Fachin, ao proferir seu voto pela negativa de provimento, inicialmente reconheceu os óbices relacionados à rediscussão do julgado pelo Tribunal de origem por meio de aclaratórios, bem como a ausência de impugnação específica de todos os fundamentos da decisão monocrática do órgão apontado como coator. No mérito, mesmo que admitida a retroatividade pretendia, Sua Excelência reconheceu a incompatibilidade do acordo “despenalizador” para crimes que violam a dignidade da pessoa humana, como o de racismo. Adotou, como razão de decidir, teleologia da excepcionalidade prevista pelo inc. IV do art. 28-A do CPP, que afasta seu cabimento em casos de crime de violência doméstica ou familiar. Argumentou que tal entendimento estaria em consonância com os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro internacionalmente na repressão mais severa a esse tipo de conduta discriminatória que afronta direitos fundamentais.

12. Com as devidas vênias ao eminente Relator, penso ser o caso de dar provimento ao recurso ordinário.

13. Diante da necessidade de desafogar o Judiciário, de reduzir a sobrecarga do sistema carcerário e de se buscarem soluções alternativas mais simples, eficazes e céleres no tocante a processos envolvendo crimes de baixa e média gravidade, surgem e se consolidam, no ordenamento pátrio, instrumentos de natureza negocial ou consensual.

14. Esse sistema de justiça pactual, não conflitivo, robustece o princípio da oportunidade, quebrando a rigidez daquele que versa sobre a obrigatoriedade da ação penal, a que se submete, em regra, o Ministério Público, e demonstrando que podem conviver harmonicamente no sistema processual penal, de acordo com o respectivo regramento devidamente estabelecido.

15. Assim, surge o acordo de não persecução penal, que está previsto no art. 28-A do CPP, introduzido pela Lei nº 13.964, de 2019 (pacote anticrime), cujo *caput* transcrevo:

“Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente.”

16. Conceitua-se “ *como sendo o ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado .”* (CUNHA, Rogério Sanches, Acordo de não persecução penal e cível, Editora Juspodivm, p. 255)

17. Com efeito, por se tratar de um **poder-dever**, impõe-se ao Órgão acusador que se manifeste, **motivadamente**, seja, de um lado, quando o exerce positivamente (propositura do acordo), seja, de outro, quando reputa inadequada a pactuação.

18. O disposto acerca dos efeitos do cumprimento do acordo evidencia, ainda, a natureza da norma que o prevê. Nos termos do § 13 do art. 28-A do CPP, “ *cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade*”.

19. Assim, tem-se norma de natureza híbrida, ou mista, porque, embora discipline instituto processual, ostenta conteúdo sobre a pretensão punitiva (de natureza material). **Em outras palavras, consiste em um negócio jurídico processual que, por outro lado, afeta diretamente o *ius puniendi* do Estado.**

20. A celeuma acontece quando se indaga qual a regra intertemporal deve ser observada. De direito material, processual ou ambas? Basicamente, em regra, inexistente retroatividade no Direito, mas, quando em jogo a primeira, o problema se resolve a partir da garantia constitucional segundo a qual a lei penal não retroagirá, **salvo para beneficiar o réu (CRFB, art. 5º, inc. XL)**. Se estivermos diante da segunda, o art. 2º do Código de Processo Penal não deixa dúvidas, ao versar que a lei instrumental tem aplicação prospectiva, não alcançando atos aperfeiçoados sob a vigência de lei pretérita, em observância ao princípio do *tempus regit actum*.

21. Não obstante, a par de meu entendimento pessoal, a questão acerca da retroação da norma que prevê o acordo de não persecução penal será definida por este Supremo Tribunal por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 185.913/DF, afetado ao Pleno pelo eminente Relator, Ministro Gilmar Mendes, no qual será assentado o marco temporal final para o cabimento da proposta. Embora pendente a apreciação em tela, a Segunda Turma, por unanimidade, firmou entendimento pela possibilidade de **aplicação retroativa do art. 28-A do CPP a atingir tanto investigações criminais quanto ações penais em curso, até o trânsito em julgado**, no HC nº 220.249/SP, sob relatoria do Ministro Edson Fachin, na Sessão Virtual de 09/12/2022 a 16/12/2022. A ementa está assim minutada:

“ *HABEAS CORPU S. 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 Penal.”

(HC nº 220.249/SP, Rel. Min Edson Fachin, Segunda Turma, j. 19/12 /2022, p. pendente; grifos nossos).

22. No presente caso, muito embora já tenha ocorrido trânsito em julgado da condenação, **a defesa insurgiu-se previamente**, não alcançando êxito na pretensão diante de entendimento externado pelas instâncias antecedentes pela irretroatividade do art. 28-A do CPP após o oferecimento da denúncia, ocorrido antes da entrada em vigor da norma.

23. Neste cenário, sem prejuízo 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, **entendo presentes os pressupostos autorizadores da medida para aplicação retroativa do art. 28-A do CPP.**

24. No que toca ao engenho e à inclusão de nova regra, de natureza não legal, a excepcionar a possibilidade de oferta do ANPP, entendo não ser cabível exercer analogia *in malam partem*, para compreender, além dos

crimes de violência contra mulheres, em razão do sexo, também aqueles crimes cometidos em razão da raça, *data maxima venia* ao posicionamento em sentido diverso externado pelo Relator.

25. Vejamos as hipóteses excludentes do instituto, previstas no art. 28-A, § 2º, do CPP, *in verbis*:

“§ 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 .” (grifos nossos).

26. O ditame constitucional é claro: não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inc. XXXIX do art. 5º –, princípio a partir do qual construído todo o arcabouço constitucional em matéria penal, do qual derivam garantias seculares como a “ *proibição à analogia; a utilização do direito consuetudinário para fundamentar ou agravar a pena; a vedação à retroatividade; e a vedação de leis penais e penas de conteúdo indeterminado* ” (ROXIN, Claus. Derecho Penal - Parte General, Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito, 1997, p. 140).

27. A estrita legalidade, no que direciona à ortodoxia na interpretação da Constituição da República em matéria penal, não viabiliza ao Tribunal, em desconformidade com expressa e clara restrição contida na Lei Maior, esvaziar o sentido literal do texto, mediante a complementação de tipos penais. Considerando a natureza híbrida do ANPP, com conteúdo de direito material, ao deixar de versar sobre a discriminação ou o preconceito considerada a “ *raça, cor, etnia ou procedência nacional* ”, na nova redação

conferia à Lei nº 7.716, de 1989, pela recente edição da Lei nº 14.532, de 2023, não seria possível excluir do recorrente a possibilidade de oferta e celebração de acordo por circunstancia não contemplada pela norma.

28. O reconhecimento da taxatividade dos preceitos – os quais não podem ser tomados como meramente exemplificativos e desprovidos de significado preciso – rechaça a ampliação do conteúdo proibitivo das hipóteses que excepcionam o instituto, a partir de eventual identidade considerados os pressupostos justificadores da excludente escolhida pelo legislador, sob pena de ter-se o esvaziamento dos núcleos existentes nos preceitos incriminadores que desautorizam a oferta do acordo de não persecução penal, mais especificamente aquele disposto no inc. IV do art. 28-A do CPP – *violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino* – os quais, repita-se, apenas comportam operação exegética estrita, vinculada aos limites do texto. (ROXIN, Claus. Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, 2002. p. 58).

29. Do contrário, ter-se-á usurpada a competência do Congresso Nacional para legislar sobre Direito Penal e Processual Penal – art. 22, inc. I, da Constituição da República –, cujo caráter privativo afasta até mesmo a edição, pelo Presidente da República, de medida provisória a dispor sobre a matéria – art. 62, § 1º, al. “b”, da Carta Magna. Eventual opção para que o crime de injúria racial – atualmente alçado pela Lei nº 14.532, de 2023, ao rol dos crimes da Lei de Crime Racial (Lei nº 7.716, de 1989), com pena de reclusão de 2 a 5 anos e multa – constasse também do rol de hipóteses desautorizadoras da proposta de ANPP, há de se dar na esfera própria, pelo Poder Legislativo, não podendo, possível omissão, ser suplantada por exegese extensiva da legislação em vigor. Percebam a independência e a harmonia dos Poderes da República – Legislativo, Executivo e Judiciário, na forma do art. 2º da CRFB –, a pressupor que cada qual atue conforme tríplice reserva institucional.

30. Com essas considerações, **divirjo do e. Relator, com o devido pedido de vênia, de modo a dar provimento ao recurso ordinário em habeas corpus**, com fundamento no art. 192 c/c o art. 312 do RISTF, **para reconhecer a retroatividade do art. 28-A do CPP e determinar a conversão da ação criminal em diligência, a fim de oportunizar ao Ministério Público do Estado de Santa Catarina a propositura de Acordo de Não Persecução Penal, caso preenchidos os requisitos**.

É como voto.

Ministro **ANDRÉ MENDONÇA**

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/02/2023