

## VOTO VOGAL

**O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES:** Em apertada síntese, trata-se de recurso ordinário em habeas corpus interposto por Dany Phillippi de Aguiar contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. INJÚRIA RACIAL MAJORADA. PRETENSÃO DE ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS, APÓS A CONDENAÇÃO, PARA OFERECIMENTO DE PROPOSTA DE ANPP. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO QUE SE LIMITA A REITERAR OS ARGUMENTOS DA IMPETRAÇÃO, SEM ATACAR O FUNDAMENTO CENTRAL QUE ENSEJOU O INDEFERIMENTO LIMINAR DA INICIAL. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 182/STJ. INCIDÊNCIA. Agravo regimental não conhecido.

(HC 772.811 AgRg, ministro Sebastião Reis Júnior)

Busca-se, nesta sede recursal, a remessa do feito à origem para se oportunizar a oferta do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) pelo Ministério Público, sustentando a possibilidade de retroatividade do instituto.

O Ministério Público Federal opina pelo não provimento do recurso em parecer assim resumido:

Processo penal. RHC. Pleito de exame de proposta de ANPP pelo MP na origem. Condenação pelo crime de injúria racial, confirmada em grau de apelação e já transitada em julgado a lide penal. 1. A estrutura do novel art. 28-A do CPP, em sua interpretação textual, conjugada com a integração dos princípios da lei penal mais benéfica e do tempus regit actum repele seja cabível proposta de ANPP, oferecida e recebida a denúncia, proferida sentença condenatória, confirmada a condenação em grau de apelação, ora transitada em julgado a lide penal. 2. Pelo desprovimento do RHC. 3. Ad cautelam, em função da pendência do julgamento final do mérito do HC 185913/DF pelo Plenário do e. STF, opina pela não suspensão da lide penal na origem. 4. Caso assim não se entenda, suspendendo-se a lide penal até o julgamento final do HC 185913/DF, opina pelo registro expresso de que não corre prazo prescricional.

Pois bem. O ministro Relator encaminha seu voto pela inaplicabilidade do acordo de não persecução penal para os crimes raciais.

No caso, o recorrente responde pelo suposto cometimento do delito previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal.

**Com a devida vênia, entendo assistir razão, no ponto, ao recorrente.**

Desde logo, consigno que o acordo de não persecução penal (ANPP), por se tratar de negócio jurídico processual em que se busca a formação de consenso quanto à submissão do acusado à pretensão punitiva em conformidade com as sanções pactuadas entre as partes, não constitui direito subjetivo do acusado, tornando-se imprescindível a manifestação bilateral de vontades da acusação e da defesa.

Tal entendimento – no sentido de o ANPP não se configurar um direito subjetivo do acusado -, encontra respaldo na doutrina, valendo destacar o magistério de Renato Brasileiro de Lima, na obra “Manual de processo penal: volume único – 8ª ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2020”:

Partindo da premissa de que o acordo de não persecução penal deve resultar da convergência de vontades, com necessidade de participação ativa das partes, **não nos parece correta a assertiva de que se trata de um direito subjetivo do acusado , sob pena de se admitir a possibilidade de o juiz determinar sua realização de ofício, o que, aliás, retiraria sua característica mais essencial, qual seja, o consenso .**

Esse mesmo entendimento está consubstanciado, ainda, na jurisprudência desta Corte:

Habeas corpus. 2. Consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário impor ao Ministério Público obrigação de ofertar acordo em âmbito penal. **3. Se o investigado assim o requerer, o Juízo deverá remeter o caso ao órgão superior do Ministério Público, quando houver recusa por parte do representante no primeiro grau em propor o acordo de não persecução penal, salvo manifesta inadmissibilidade. Interpretação do art. 28-A, § 14, CPP a partir do sistema acusatório e da lógica negocial no processo penal.** 4. No caso concreto, em alegações finais, o MP posicionou-se

favoravelmente à aplicação do redutor de tráfico privilegiado. Assim, alterou-se o quadro fático, tornando-se potencialmente cabível o instituto negocial. 5. Ordem parcialmente concedida para determinar sejam os autos remetidos à Câmara de Revisão do Ministério Público Federal, a fim de que aprecie o ato do procurador da República que negou à paciente a oferta de acordo de não persecução penal.

(HC 194677, Relator: Ministro GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/05/2021, public. 13-08-2021)

Cumpra citar, também, nessa esteira, precedente que aborda o consenso exigível na colaboração premiada, cuja lógica é semelhante à do ANPP:

“AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA PROCESSUAL PENAL. ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. VOLUNTARIEDADE. INDISPENSABILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO JUDICIALMENTE EXIGÍVEL. RECURSO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que o acordo de colaboração premiada consubstancia negócio jurídico processual, de modo que seu aperfeiçoamento pressupõe voluntariedade de ambas as partes celebrantes. Precedentes.

**2. Não cabe ao Poder Judiciário, que não detém atribuição para participar de negociações na seara investigatória, impor ao Ministério Público a celebração de acordo de colaboração premiada, notadamente, como ocorre na hipótese, em que há motivada indicação das razões que, na visão do titular da ação penal, não recomendariam a formalização do discricionário negócio jurídico processual.**

3. A realização de tratativas dirigidas a avaliar a conveniência do Ministério Público quanto à celebração do acordo de colaboração premiada não resulta na necessária obrigatoriedade de efetiva formação de ajuste processual.

**4. A negativa de celebração de acordo de colaboração premiada, quando explicitada pelo Procurador-Geral da República em feito de competência originária desta Suprema Corte, não se subordina a escrutínio no âmbito das respectivas Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público.**

(...) 6. Agravo regimental desprovido”. (AgR no MS 35.693, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 24.7.2020).

Assim, não compete ao Poder Judiciário determinar a celebração do acordo de não persecução penal ao Ministério Público. De igual forma, não se pode impedir, de plano, a possibilidade de propositura do acordo de não

persecução, pelo *dominus litis* da ação penal, quando, objetivamente, se fizerem presentes os requisitos previstos no art. 28-A, do CPP.

Isso porque o art. 28-A, do CPP, com a redação da Lei n. 13.964/2019, dispôs que, diante da 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”.

Ainda que preenchidos os requisitos objetivos previstos no art. 28-A do CPP, não se pode perder de vista o caráter essencialmente negocial do acordo, pautado pela discricionariedade **mitigada** das partes na sua celebração, eis que a eventual recusa, pelo Ministério Público, deverá ser devidamente motivada, podendo ser submetida, **a requerimento da defesa**, **a controle interno**, com a possibilidade de revisão da recusa por órgão superior no âmbito do próprio Ministério Público.

Tal premissa restou consolidada no Código de Processo Penal pela Lei 13.964/19: “Art. 28-A, § 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”.

O legislador processual penal, atuando no espaço de conformação que lhe é próprio, sem que se possa afirmar ter havido desproporcionalidade do comando veiculado pelo art. 28-A, §14, do CPP, optou pela previsão de um sistema de controle interno da recusa de propositura do ANPP, no âmbito do órgão superior do Ministério Público.

Tal previsão guarda conformidade com o art. 129, I, da Constituição da República, por força do qual o exercício das funções acusatória – aí incluída a sua vertente negocial - e de julgamento devem ser cometidas a órgãos distintos, sob pena de se comprometer a necessária imparcialidade que deve ser imanente ao exercício da jurisdição, vulnerando-se, em última análise, a própria garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).

**Ocorre que, no presente caso, não foi sequer oportunizada na origem a possibilidade de propositura do acordo de não persecução penal ao acusado.**

Tal situação, segundo penso, torna plausível o pleito defensivo de baixa ao juízo de origem para que remeta os autos ao órgão acusatório, a fim de oportunizar ao Ministério Público a propositura de acordo de não persecução penal, observados os requisitos previstos na legislação, passível de controle nos termos do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal.

De outro lado, é certo que a matéria relativa à a retroatividade do acordo de não persecução penal (ANPP), previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 13.964/2019 encontra-se afetada ao Plenário desta Suprema Corte, nos autos do HC 185.913, ministro Gilmar Mendes, desde 24/12/2020.

Entretanto, embora pendente de apreciação da controvérsia pelo Plenário do Supremo, a Segunda Turma, no julgamento do HC 220.249 AgR, ministro Edson Fachin, julgado na Sessão Virtual de 9/12/2022 a 16/12/2022, por unanimidade, firmou entendimento no sentido de reconhecer a aplicação retroativa do art. 28-A do Código de Processo Penal, devendo atingir tanto as investigações criminais **quanto as ações penais em curso até o trânsito em julgado**. Confira-se a ementa de referido julgado:

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 Penal.

Nesse sentido, foi a orientação por mim adotada em decisão monocrática proferida no HC 215621.

Destaco, ainda, nessa esteira, precedentes da Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em que se reconheceu a incidência retroativa da Lei 13.964/2019, até o trânsito em julgado, tendo em vista a orientação firmada por esta Corte no HC 180.421, determinando-se a remessa dos autos ao Ministério Público, a fim de se verificar a possibilidade de propositura do ANPP: HC 221.969, DJe 07.11.2022; HC 221.756, DJe 28.10.2022; HC 214.408, DJe 05.10.2022.

Entendo, portanto, que a Lei n. 13.964/2019, na parte em que institui tal ajuste, pode ser considerada norma penal de natureza híbrida.

O ANPP foi inserido mediante “norma processual de conteúdo material”, por ser instituto de direito processual penal (ao prever a possibilidade de composição entre as partes com o fim de evitar a instauração da ação penal) e, concomitantemente, possuir natureza material em função da eventual extinção da punibilidade para quem cumprir os critérios ou requisitos estabelecidos nos termos do art. 28-A, § 13, do Código de Processo Penal.

Como se sabe, quando se trata de norma penal de conteúdo material aplica-se a retroatividade penal benéfica, conforme dispõe o art. 5º, XL, da

Constituição da República: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Essa mesma razão é revelada no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, ao dispor que “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Nesse aspecto, entendo pela incidência retroativa das regras relacionadas ao ANPP às persecuções penais em curso, ante a natureza híbrida da norma e o seu conteúdo mais favorável ao réu.

No mesmo sentido é a doutrina de Marcos Paulo Dutra Santos. Confira-se:

Se o ANPP persegue fins idênticos aos da transação penal – não deflagração da denúncia –, com as mesmas consequências – extinção da pretensão punitiva estatal após o cumprimento, sem configurar reincidência nem Maus antecedentes, tão somente impedindo novo benefício nos próximos 5 anos, enquanto, se inadimplido, restaura-se ao Ministério Público o direito de ação –, preenchida está a identidade de razões para aplicar a inteligência desses precedentes, por analogia, aos acordos de não persecução penal [...]. Por conseguinte, os ANPPs alcançam as ações penais em curso, independentemente da fase na qual estiverem.

Dessa forma, a Lei n. 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal, deve retroagir, por ser lei penal mais benéfica ao réu.

Em caso fronteiro, a Segunda Turma reconheceu a retroatividade da necessidade de representação do ofendido como requisito da ação penal nos crimes de estelionato, também instituída pela Lei n. 13.964/2019, e definiu como limite temporal, para a incidência aos processos em curso, o momento do trânsito em julgado da condenação.

Veja-se, no que interessa, a síntese do julgamento do ARE 1.249.156 AgR-ED, ministro Edson Fachin:

[...]

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 § 5º do art. 171 do Código Penal, acrescido pela Lei 13.964/2019, ao alterar a natureza da ação penal do crime de estelionato de pública incondicionada para pública condicionada à representação como regra, é norma de conteúdo processual-penal ou híbrido, porque, ao mesmo tempo em que cria condição de procedibilidade para ação penal, modifica o exercício do direito de punir do Estado ao introduzir hipótese de extinção de punibilidade, a saber, a decadência (art. 107, inciso IV, do CP).

4. Essa inovação legislativa, ao obstar a aplicação da sanção penal, é norma penal de caráter mais favorável ao réu e, 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.

Pois bem. A Lei n. 13.964/2019 entrou em vigência quando, na espécie, a sentença penal condenatória ainda não havia transitado em julgado.

**Nesse ponto, cabe ressaltar que, embora a sentença condenatória do ora recorrente já tenha transitado em julgado desde 14/10/2022, a defesa bem destacou que o *habeas corpus* (HC 772.811) objeto deste recurso ordinário “foi impetrado no STJ em 20/09/2022, ou seja, a matéria ainda NÃO ESTAVA PRECLUSA.” (eDoc 26).**

Desse modo, tenho como razoável a conclusão segundo a qual um instituto que busca a conciliação e visa a obstar a tramitação de uma persecução penal seja aplicado até a última fase desta, isto é, até o momento anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória, não se encontrando o exercício da persecução penal restrito à apresentação da denúncia.

É que, à luz da presunção de inocência, a força executiva de uma condenação criminal apenas se torna definitiva com a preclusão máxima.

Até lá, é possível que, durante o curso da persecução penal (fases investigativa e judicial), as partes optem pela formalização do acordo previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

Noutros termos, o ANPP, inspirado pelo modelo de justiça consensual que o orienta, e desde que integralmente cumpridas as condições ajustadas pelas partes e homologado o acordo pelo juízo competente, revela natureza jurídica de causa extintiva da punibilidade (CPP, art. 28-A, § 13).

Por esse motivo, salvo nos casos de evidente ausência dos requisitos hábeis à celebração do ajuste previsto no art. 28-A do diploma processual penal, não cabe recusa do magistrado em remeter o processo ao órgão acusatório, sob pena de negar vigência ao comando legal do dispositivo referido e, sobretudo, de frustrar a própria natureza do instituto.

Tal o contexto, peço vênua ao ministro Relato e a todos os que pensam de modo diverso para **dar provimento** ao recurso ordinário, apenas para reconhecer a retroatividade do art. 28-A do Código de Processo Penal e determinar que o Juízo da 2ª Vara Criminal da comarca de Florianópolis/SC (Processo n. 0014627-67.2018.8.24.0023) remeta os autos ao órgão acusatório, a fim de oportunizar ao Ministério Público a propositura de acordo de não persecução penal, observados os requisitos previstos na legislação, passível de controle nos termos do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal.

É como voto.