

HABEAS CORPUS 185.913 DISTRITO FEDERAL

ELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S) : -----
IMPTE.(S) : ABEL GOMES CUNHA
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Abel Gomes Cunha, em favor de -----, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no AREsp 1.658.686.

Colhe-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante delito transportando 26g de maconha, em 13.7.2018, sendo-lhe imputada a prática do delito de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06). Foi condenado à pena de 1 (um) ano 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Interposto recurso pela defesa, o Tribunal de Justiça reformou parcialmente a sentença, tão somente para determinar a devolução ao paciente do veículo apreendido na ocasião do flagrante. A pena foi mantida.

Contra o acórdão, foram interpostos recursos especial e extraordinário, ambos não admitidos na origem. Com a subida do feito ao Superior Tribunal de Justiça, o agravo em recurso especial não foi conhecido por decisão monocrática do presidente daquela Corte, o que ensejou a interposição de novo agravo. Este agravo foi declarado intempestivo, na forma do art. 39 da Lei 8.038/90 e de disposição regimental específica.

Nesta Corte, a defesa afirma que o art. 39 da Lei 8.038/90 (que dispõe sobre normas procedimentais para processos em tramitação no STJ e no STF) foi revogada pelo art. 1.070 do CPC, que prevê prazo de 15 (quinze) dias para qualquer agravo, previsto em lei ou em regimento interno de tribunal, contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal.

Sustenta, ainda, que, no caso, teria aplicabilidade o instituto do acordo de não persecução penal introduzido pela Lei 13.964/19, considerando a admissibilidade da retroatividade da norma penal

HC 185913 / DF

benéfica (*lex mitior*)³

Requer a concessão da ordem para que a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça analise o agravo regimental no AREsp 1.658.686. Pedes, ainda, que “*seja oportunizado ao paciente a proposta de acordo de não persecução penal, diante da aplicação do princípio da retroatividade, nos termos estatuídos pelo artigo 5º, inciso XL, da Constituição da República e pelo artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal*” (eDOC 1, p. 13).

Destaque-se que, quando entrou em vigência a Lei 13.964/19, o processo tramitava no STJ, pendente agravo regimental no AResp.

Constato que a **possibilidade de aplicação do art. 28-A do CPP (inserido pela Lei 13.964/19) – que previu o denominado acordo de não persecução penal – a processos em curso** tem sido objeto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial no que diz respeito à sua natureza e consequente retroatividade mais benéfica.

Trata-se de questão de interesse constitucional e regulada pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, XL, nos seguintes termos: “*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”. Certamente, discute-se a potencial aplicação de tal dispositivo também a normas de natureza mista ou processual com conteúdo material.

Nesse sentido, preliminarmente, delimito as seguintes questões-problemas:

a) O ANPP pode ser oferecido em processos já em curso quando do surgimento da Lei 13.964/19? Qual é a natureza da norma inserida no art. 28-A do CPP? É possível a sua aplicação retroativa em benefício do imputado?

b) É potencialmente cabível o oferecimento do ANPP mesmo em casos nos quais o imputado não tenha confessado anteriormente, durante a investigação ou o processo?

Verifica-se, desde já, **divergência entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça**, o que certamente refletirá em visões distintas também no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

HC 185913 / DF

A Quinta Turma do STJ, consoante se percebe do trecho transcrito a seguir, tem assentado a aplicação do ANPP em processos em curso somente até o recebimento da denúncia:

“da simples leitura do art. 28-A do CPP, se verifica a ausência dos requisitos para a sua aplicação, porquanto o embargante, em momento algum, confessou formal e circunstancialmente a prática de infração penal, pressuposto básico para a possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal, instituto criado para ser proposto, caso o Ministério Público assim o entender, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, na fase de investigação criminal ou até o recebimento da denúncia e não, como no presente, em que há condenação confirmado por Tribunal de segundo grau”. (EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 1.681.153/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020)

Já a Sexta Turma tem aceitado a aplicação do ANPP para processos em curso até o trânsito em julgado da condenação, conforme seguinte trecho:

“o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF)”. (AgRg no HC 575.395/RN, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020)

Em Tribunais de segundo grau vale citar adoção de tal posição também no TRF4. Veja-se:

“O acordo de não persecução penal consiste em novatio legis in mellius, vez que a norma penal tem, também, natureza material ou híbrida mais benéfica, na medida que ameniza as consequências do delito, sendo aplicável às ações penais em

andamento. 3. É possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal (REsp. no 2004.00.34885-7, Min. Félix Fischer, STJ - 5a Turma). 4. Cabe aferir a possibilidade de acordo de não persecução penal aos processos em andamento (em primeiro ou segundo graus), quando a denúncia tiver sido ofertada antes da vigência do novo artigo 28-A, do CPP". (TRF 4, Correição Parcial 5009312-62.2020.4.04.0000, Des. João Pedro Gebran Neto, Oitava Turma, DJe 14.5.2020).

Considerando a potencial ocorrência de tal debate em número expressivo de processos e a potencial divergência jurisprudencial sobre questão de tal magnitude, **impõe-se a manifestação plenária deste Tribunal**, de modo a assegurar-se a segurança jurídica e a previsibilidade das situações processuais, sempre em respeito aos direitos fundamentais e em conformidade com a Constituição Federal.

Conclui-se, portanto, que a retroatividade e potencial cabimento do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP) é **questão afeita à interpretação constitucional, com expressivo interesse jurídico e social, além de potencial divergência entre julgados.**

Nesse sentido, para que se assente um precedente representativo sobre o tema, com eventual fixação de tese a ser replicada em outros casos e juízos, deve-se remeter o *habeas corpus* para julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

1. O *habeas corpus* como formador de precedentes penais no Supremo Tribunal Federal

Como bem apontado pela Min. Cármen Lúcia, quando do julgamento do HC 152.752, em 22 de março de 2018, pode-se afirmar que a história do Supremo se confunde com a história do tratamento conferido, ao longo de mais de 100 anos, ao *habeas corpus*.

HC 185913 / DF

Por óbvio, não se está a reduzir a importância constitucional e sistêmica das ações de controle concentrado e da sistemática de repercussão geral em RE, mas inúmeros e marcantes julgados em matéria penal deste Tribunal se deram em *habeas corpus*³

Trata-se de ação que veicula caso concreto à cognição do Tribunal Superior, ou seja, processo subjetivo em que esta Corte pode realizar eventual controle de constitucionalidade incidental e difuso. Tradicionalmente, afirma-se que a decisão em *habeas corpus* não possui eficácia geral (*erga omnes*) tampouco vinculante para outros processos e juízos.

Contudo, tal construção teórica não é apta a enquadrar a vida real e as consequências jurídicas e sociais de uma decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, por seu órgão colegiado essencial, o Plenário. Ainda que formalmente não haja força vinculante, um julgado do Plenário em *habeas corpus* possui um impacto evidente no sistema jurídico e nos juízos inferiores, visto que qualquer caso pode aportar ao STF em *habeas corpus*) respeitadas as competências constitucionais, e então ser reformado em conformidade com a interpretação anteriormente assegurada pelo Plenário.

Sem dúvidas, ao se analisar a postura desta Corte nos últimos anos, percebe-se uma valorização das decisões tomadas pelo Plenário em sede de *habeas corpus*, a partir de dois fenômenos marcantes: a fixação de teses e a modulação de efeitos.

Ao fixar-se uma tese no julgamento de *habeas corpus*, reconhece-se a sua potencial aplicação a outros processos, por outros juízos. No âmbito do **HC 166.373** (Rel. Min. Edson Fachin, j. 2.10.2019), o Plenário, ao analisar a questão da ordem de alegações finais em casos com colaboradores premiados, concedeu a ordem e, por maioria ampla, decidiu pela formulação de tese em relação ao tema discutido e votado no *habeas corpus*³

Em casos anteriores, tal prática também foi aceita e implementada, como no **RHC 163.334** (Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 18.12.2019), que fixou tese sobre a tipicidade do não recolhimento de ICMS; e no **HC**

HC 185913 / DF

176.473 (Plenário, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 27.4.2020), que fixou tese sobre interrupção da prescrição pelo acórdão em segundo grau. Vale notar que, no RHC 163.334, foram inclusive admitidos *amici curiae* para o debate da questão, o que também pode ser descrito como marcante sinal no sentido da ampliação dos efeitos da decisão para outros casos.

Além da fixação de tese, este Plenário também já realizou **modulação de efeitos** de declaração de inconstitucionalidade em *habeas corpus*. No HC 82.959, de 23.2.2006, ao declarar a inconstitucionalidade *“Jincider tantum”* do cumprimento de pena em regime integralmente fechado, por votação unânime, realizou-se uma espécie de modulação de efeitos para explicitar que *“a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data”*³

Nesse sentido, doutrinariamente sustento que a possibilidade de modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida no âmbito do controle incidental é consequência do fenômeno da abstrativização do controle difuso, que prefiro denominar como uma *“tendência de dessubjetivação das formas processuais”*:

“A adoção de estrutura procedimental aberta para o processo de controle difuso (participação de amicus curiae e outros interessados), a concepção de recurso extraordinário de feição especial para os juizados especiais, o reconhecimento de efeito transcendente para a declaração de inconstitucionalidade incidental, a lenta e gradual superação da fórmula do Senado (art. 52, X), a incorporação do instituto da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário e a desformalização do recurso extraordinário com o reconhecimento de uma possível causa petendi aberta são demonstrações das mudanças verificadas a partir desse diálogo e intercâmbio entre os modelos de controle de constitucionalidade positivados no Direito brasileiro. Pode-se apontar, dentre as diversas transformações detectadas, inequívoca tendência para ampliar a feição objetiva do processo de controle incidental entre nós”. (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar. *Curso de*

Direito Constitucional. 14ed. Saraiva, 2019. p. 1316).

Assim, verifica-se uma evidente tendência ao fortalecimento das decisões tomadas por este Tribunal, especialmente por seu Plenário, mesmo em sede de ações tradicionalmente tidas como restritas ao caso concreto, como o *habeas corpus* (CARVALHO FILHO, José S. Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do STF em julgamentos de *habeas corpus*. In: PEDRINA; NUNES; SOUZA; VASCONCELLOS (org.). *Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*. RT, 2019. p. 45-60).

Mesmo em âmbito processual penal, verifica-se a consolidação de uma **teoria dos precedentes judiciais**. Há muito, na doutrina penal, destaca-se a importância da previsibilidade e da estabilidade da jurisprudência, em respeito à legalidade e para efetivação dos direitos fundamentais (MAGALHÃES GOMES, Mariângela G. *Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial*. Atlas, 2008. p. 171-173).

Com os influxos do Código de Processo Civil de 2015, a temática também se destacou em âmbito penal. Sustenta-se a aplicação subsidiária do CPC em relação à regulamentação dos precedentes, pois isso “*torna o sistema processual penal mais coerente, incrementando o respeito à liberdade (autodeterminação) e à igualdade entre as pessoas (mesmo tratamento para situações iguais), bem como densifica a segurança jurídica*” (KIRCHER, Luís Felipe S. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. JusPodivm, 2018. p. 141).

Em tese recentemente defendida sobre precedentes judiciais penais, sustentou-se que, com base no art. 927, V, CPC, “*se as decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ou pela Corte Especial possuírem ratio decidendi serão, pelo menos em tese, de observância obrigatória, por força do disposto no CPC, de 2015, desde que tenham fundamentação qualificada em restrita observância do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal de 1988 e do art. 489, § 1, do CPC, de 2015*” (GALVÃO, Danyelle da S. *Precedentes Judiciais no Processo Penal*. Tese – Doutorado em Direito, Universidade de São Paulo, 2019. p. 157).

Pode-se afirmar, portanto, dada a sua importância para proteção efetiva de direitos fundamentais e pelo fortalecimento de uma teoria dos precedentes penais, que o *habeas corpus* tende a se consolidar como mecanismo apto a assentar precedentes pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a partir da fixação de teses e demais mecanismos aqui descritos.

2. Sistemática de afetação ao Plenário do Supremo Tribunal Federal

Além dos casos originariamente de competência do Plenário, existe a possibilidade de afetação do julgamento de *habeas corpus* nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Conforme o art. 21, XI, RISTF, são atribuições do Relator “remeter *habeas corpus* ou recurso de *habeas corpus* ao julgamento do Plenário”. Já em relação aos critérios para tal decisão, nos termos do art. 22 do RISTF:

“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.”

Em relação a julgados do Plenário sobre a questão, em 12.4.2018, assentou-se, no HC 143.333, que tal medida é de discricionariedade do Relator. Quanto ao ponto, restou assim ementado:

“HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. PRISÃO

PREVENTIVA. REMESSA AO PLENÁRIO. ATRIBUIÇÃO DISCRICIONÁRIA DO RELATOR. (...)

1. Sem prejuízo da legítima admissão regimental de específicas atuações fracionárias e unipessoais no âmbito desta Corte, o colegiado Plenário detém atribuição irrestrita para o exercício integral da competência constitucionalmente conferida ao Supremo Tribunal Federal.

2. Os regimentos internos dos Tribunais, editados com base no art. 96, I, "a", da Constituição Federal, consubstanciam normas primárias de idêntica categoria às leis, solucionando-se eventual antinomia não por critérios hierárquicos mas, sim, pela substância regulada, sendo que, no que tange ao funcionamento e organização dos afazeres do Estado-Juiz, prepondera o dispositivo regimental. Precedentes.

3. Por força dos artigos 21, I, e 22, ambos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), **compete ao Relator, de maneira discricionária, a remessa de feitos ao Tribunal Pleno para julgamento, pronunciamento que, a teor do art. 305, RISTF, afigura-se irrecorrível.** Especificamente no que concerne aos habeas corpus, tal proceder também é autorizado a partir da inteligência dos artigos 6º, II, "c" e 21, XI, RISTF." (...) (HC 143.333, Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, j. 12.4.2018, DJe 21.3.2019) (grifei)

Nos termos do voto do Relator, "determinadas matérias são naturalmente vocacionadas ao crivo do Tribunal em sua composição Plenária, ou órgão especial que detenha competência para tanto", de modo que "determinadas matérias são naturalmente vocacionadas ao crivo do Tribunal em sua composição Plenária, ou órgão especial que detenha competência para tanto".

Como sustentei no referido julgamento, ainda que o Plenário tenha assentado a discricionariedade do Relator pela afetação, **tal decisão deve ser motivada** e orientada pelos critérios regulados nas previsões normativas existentes, no caso específico, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

HC 185913 / DF

Na doutrina, afirma-se que “o conhecimento dos motivos ou, no mínimo, da hipótese legal utilizada para o deslocamento, é imprescindível para o controle das partes e da sociedade sobre os atos judiciais (função extraprocessual da motivação)”, pois “a motivação das decisões judiciais exerce papel relevante para esse fim, sendo, portanto, inaceitável a dispensa de decisão escrita e devidamente motivada quando da afetação” (GALVÃO, Danyelle da S. *Precedentes Judiciais no Processo Penal*. Tese – Doutorado em Direito, Universidade de São Paulo, 2019. p. 159).

A partir de breve análise de casos recentemente afetados ao Plenário, verifica-se um padrão decisório no sentido de indicar motivos de segurança jurídica e relevância da questão.

No HC 176.473 (Rel. Min. Alexandre de Moraes, despacho p. 4.12.2019), houve a afetação com fundamento no art. 22 do RISTF (sem especificação de *caput*, parágrafo ou alíneas), em razão de “*existência de posições divergentes entre as Turmas*”.

Já no HC 166.373 (Rel. Min. Edson Fachin, despacho de 30.8.2019), o caso foi afetado ao Plenário nos termos do art. 22, parágrafo único, “b”, RISTF, “*com vistas a angariar segurança jurídica e estabilidade jurisprudencial*”.

Por fim, no RHC 163.334 (Rel. Min. Roberto Barroso, decisão de 13.2.2019), ocorreu a afetação ao Plenário com base no art. 21, IX, RISTF, em homenagem à segurança jurídica “*dada a relevância prática da matéria, que afeta dezenas de milhares de contribuintes por todo o país*”.

Percebe-se, portanto, que o mecanismo de afetação do *habeas corpus* ao Plenário consolida meio apto a fomentar o estabelecimento de tal ação como precedente judicial penal, com a fixação de tese a ser aplicada e reproduzida em outros casos e juízos, com o objetivo de assegurar segurança jurídica e assegurar a proteção efetiva de direitos fundamentais.

3. Afetação do caso concreto

Portanto, como afirmado anteriormente, na questão em debate verifica-se a potencial ocorrência de tal debate em número expressivo de processos e a potencial divergência jurisprudencial, o que destaca a necessidade de resguardar a segurança jurídica e a previsibilidade das situações processuais, sempre em respeito aos direitos fundamentais e em conformidade com a Constituição Federal.

Reitera-se, portanto, que a retroatividade e potencial cabimento do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP) é questão afeita à interpretação constitucional, com expressivo interesse jurídico e social, além de potencial divergência entre julgados.

Diante do exposto, remeto o presente *habeas corpus* à deliberação pelo Plenário deste Tribunal.

Colham-se informações do STJ, do TJDFT e do juízo de origem.
Abra-se vista à PGR.

Publique-se. Int.

Brasília, 22 de setembro de 2020.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente