

## VOTO DIVERGENTE

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, rogo vênias para dissentir da conclusão alcançada por Sua Ex<sup>a</sup>. Min. Gilmar Mendes, na condição de Relator, para solução do caso em exame.

A Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, introduziu ao Código de Processo Penal o instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), por meio do art. 28-A, que assim dispõe:

‘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: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.’

Trata-se de uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro que, privilegia a justiça consensual e impactará de forma positiva no sistema

de justiça penal, pois mitiga o princípio da indisponibilidade da ação penal em casos de crimes de médio potencial ofensivo, quando atendidos os requisitos legais. Além de contribuir com o desafogamento do Poder Judiciário e com a economia processual, esse mecanismo negocial garante a recomposição do dano provocado à vítima e à sociedade.

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).

No referido julgamento virtual, a Turma concedeu reconheceu a aplicação retroativa do art. 28-A do CPP, nos seguintes termos:

‘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, acrescentado 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 220249, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 19/12/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 03-02-2023 PUBLIC 06-02-2023, grifei)

Tal entendimento consolidou-se na ambiência desta Segunda Turma, como se afere de inúmeros julgados recentes em idêntico sentido: ARE 1379168 AgR-terceiro, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 27/03/2023); HC 215539 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 27/03/2023; ARE 1208054 AgR-AgR, Relator(a): NUNES MARQUES, Segunda Turma, julgado em 13/06/2023. E ainda as seguintes decisões monocráticas: HC nº 224.936/SC, Rel. Min. Nunes Marques, j. 07/03/2023, p. 08/03/2023; HC nº 225.491/SE, de minha relatoria, j. 09/03/2023, p. 10/03/2023; e HC nº 224.654/TO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 07/02/2023, p. 08/02/2023

No presente caso, apesar de os fatos serem anteriores à alteração legislativa, a sentença condenatória quando a Lei 13.964/2019 entrou em vigor não havia transitado em julgado e, portanto, de rigor a incidência a norma mais benéfica (art. 28-A do CPP), motivo pelo qual a ordem deve ser concedida.

No que se refere às teses propostas pelo eminente Ministro Relator, tenho compreensão diversa quanto à existência de preclusão para o requerimento de encaminhamento dos autos para o Ministério Público visando oferta da proposta, em razão da ausência de manifestação neste

sentido na primeira oportunidade em que a defesa teve vista dos autos. A inovação legislativa, conforme reconhecido, por conter matéria penal cuja incidência traz benefícios para o *status* em que se encontra no réu no contexto da persecução penal, a exigir a retroatividade nos termos do comando constitucional, não admite a mencionada interpretação restritiva, ainda que seja imperiosa a estabilização da marcha processual.

Desse modo, divirjo do Relator apenas quanto aos termos da segunda parte da primeira tese a ser fixada para afastar a exigência do requerimento para o encaminhamento ao Ministério Público para a propositura do negócio processual na primeira oportunidade de manifestação da defesa nos autos. Quanto às demais teses, acompanho o Relator, como também para conceder a ordem, de ofício.

É como voto.