

COMPLEMENTO AO VOTO:

Peço vênia, Senhor Presidente, ao eminente Relator Ministro **Gilmar Mendes** para, modificando minha anterior manifestação nos autos, divergir, em parte, nos termos que passo a expor.

Com efeito, a colenda Segunda Turma desta Suprema Corte, em recentes julgamentos, reconheceu a aplicação retroativa do art. 28-A do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 13.964/19, para as ações penais em curso até o trânsito em julgado, mesmo havendo sentença condenatória em grau de recurso. Vide:

“*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.” (HC nº 220.249/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro

Edson Fachin, DJe de 6/2/23).

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. RETROATIVIDADE. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICAR A DECISÃO AGRAVADA. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, PARA RECONHECER A RETROATIVIDADE DO ART. 28-A DO CPP E DETERMINAR A CONVERSÃO DA AÇÃO PENAL EM DILIGÊNCIA PARA OPORTUNIZAR AO MINISTÉRIO PÚBLICO EVENTUAL PROPOSITURA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida. 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. Precedentes. 3. A Segunda Turma desta Suprema Corte firmou o entendimento no sentido de que o art. 28-A retroage às ações que estavam em curso quando a Lei n. 13.964/2019 entrou em vigor, ainda que recebida a denúncia ou prolatada a sentença penal condenatória. 4. No caso concreto, apesar de os fatos serem anteriores à alteração legislativa, o feito ainda aguardava a prolação da sentença condenatória quando a Lei 13.964/2019 entrou em vigor, de modo que é imperativa a concessão da ordem, a fim de reconhecer o efeito retroativo do art. 28-A do CPP e possibilitar ao Ministério Público a propositura do ANPP, se atendidos os requisitos legais. 5. Agravo regimental desprovido.” (ARE 1209442 AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Edson Fachin**, DJe 02-05-2023).

Ainda nesse sentido, as seguintes decisões monocráticas: HC n. 227.026/SP, Rel. Ministro **Gilmar Mendes**, DJe: 26/4/2023; HC-MC n. 218.725/SC, Rel. Min. Ricardo **Lewandowski**, DJe: 16/8/2022; HC 224936/SC, Rel. Ministro **Nunes Marques**, DJe 8/3/2023; HC n. 214.895/SC, Rel. Ministro **André Mendonça**, DJe: 18/4/2023.

Como se vê, a Segunda Turma tem entendimento no sentido de que o ANPP é possível a processos ainda em curso **até o trânsito em julgado**, mesmo havendo sentença condenatória em grau de recurso.

Além disso, a Segunda Turma, seguindo entendimento do Relator destes autos, estabelece que **o acusado somente tem direito desde que tenha formulado o pedido de análise do ANPP na primeira oportunidade de intervenção nos autos após a data de vigência do art. 28-A do CPP**, em observância da boa-fé objetiva e do princípio da cooperação processual. A propósito, trago recentíssimos precedentes que corroboram esse entendimento:

“Agravos regimental no *habeas corpus*. 2. A Segunda Turma tem entendimento no sentido de que o ANPP é possível a processos ainda em curso até o trânsito em julgado, isto é, com sentença que ainda não transitou em julgado. 3. O acusado somente tem direito **desde que tenha formulado o pedido de análise do ANPP na primeira oportunidade de intervenção nos autos após a data de vigência do art. 28-A do CPC, sob pena de estabilização da controvérsia por meio dos efeitos preclusivos do comportamento omissivo, em observância da boa-fé objetiva e do princípio da cooperação processual**. 4. Agravo não provido. (HC 231789 AgR, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, Segunda Turma, DJe 24-10-2023, grifamos)

“Agravos regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional, Penal e Processual Penal. 3. Acordo de Não Persecução Penal-ANPP. 4. O art. 28-A do Código de Processo Penal, redação da Lei 13.964/2019, congrega normas tanto processuais quanto materiais, justificando a classificação como norma de natureza híbrida. Em sendo norma de caráter híbrido, com perspectiva material, impõe-se a incidência retroativa em observância à regra do art. 5º, XL, da Constituição Federal, “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. 5. A incidência retrospectiva, entretanto, não se confunde com a existência de direito subjetivo ao benefício e sim à negativa motivada e fundamentada, sob controle jurisdicional quanto à validade dos argumentos, além de condicionar-se à observância da boa-fé objetiva dos envolvidos quanto à oferta. 6. Especificamente quanto à confissão, é inválida a negativa do ANPP por ter o investigado exercido regularmente direitos na Etapa de Investigação Criminal. Exaurida da Etapa de Investigação Criminal, rejeitada a hipótese de arquivamento, somente então surge a análise dos requisitos e condições do ANPP. O fato de o investigado ter confessado ou não a conduta apurada é independente da instauração da Etapa da Justiça Negocial, na qual a exigência é de “confissão circunstancial”. 7. A partir das premissas estabelecidas, com a entrada em vigor

da Lei 13.964/2019, em 23.01.2020, a análise do cabimento do ANPP se refere exclusivamente à satisfação dos requisitos objetivos, independentemente da confissão do investigado na Etapa de Investigação Criminal, **desde que uma das partes tenha formulado o pedido de análise do ANPP na primeira oportunidade de intervenção nos autos após a data de vigência do art. 28-A do CPP**, sob pena de estabilização da controvérsia por meio dos efeitos preclusivos do comportamento omissivo, em observância da boa-fé objetiva e do princípio da cooperação processual. Os termos do acordo dependem da análise das circunstâncias do caso penal. 8. No caso concreto, o pedido de aplicação do Acordo de Não Persecução Penal [ANPP] pela defesa se deu na primeira oportunidade de manifestar-se nos autos após a entrada em vigor do citado art. 28-A do CPP. 9. Agravo regimental não provido. (ARE 1364186-AgR, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, Segunda Turma, DJe 01-09-2023)

No entanto, ressalto, na linha do que tem entendido a Segunda Turma deste Supremo, por alguns de seus membros, que **entendo ser dispensável esse segundo requisito**, qual seja, o acordo de não persecução penal somente pode ser aplicado aos processos em que a parte tenha formulado o pedido de análise do ANPP na primeira oportunidade de intervenção nos autos após a data de vigência do art. 28-A do CPP, ou seja, 23/1/2020 (30 dias após a publicação da Lei nº 13.964 de 24/12/2019).

Desse modo, modifico minha anterior manifestação para divergir, em parte, do Relator, para afastar **a exigência de que a defesa formule o pedido de análise do ANPP na primeira oportunidade de manifestação nos autos após a vigência do art. 28-A do CPP**.