

## **(IM)POSSIBILIDADE DE PROPOSITURA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NOS CASOS DE DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO: UMA ANÁLISE À LUZ DAS DECISÕES DO STF**

*(IM)POSSIBILITY OF PROPOSING A CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT IN CASES OF DISCRIMINATION DUE TO SEXUAL ORIENTATION OR GENDER IDENTITY: AN ANALYSIS IN LIGHT OF THE STF DECISIONS.*

### **Stela Marys Menezes dos Santos**

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Pós-graduada em Direito Público pela Legale Educacional. Pós-graduanda em Direitos Humanos pela i9 Educação. Assessora de Magistrada do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJSE). E-mail: stelaamarys@hotmail.com.

### **Franklin Santos Cunha**

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Legale Educacional. Pós-graduando em Direitos Humanos pela i9 Educação. Assessor de Magistrada do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJSE). E-mail: franklinsantosscc@gmail.com.

### **RESUMO**

Com o advento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), inserido no Código de Processo Penal (CPP) em 2019, ascenderam fortes discussões acerca da possibilidade ou não, de aplicação do referido instituto aos crimes raciais, especialmente diante do silêncio normativo nesse sentido e, mais ainda, quanto aos delitos de natureza preconceituosa, perpetrados em face de membros da comunidade LGBTQIAPN+. Este artigo busca analisar a natureza jurídica do ANPP e os critérios para sua aplicação ao caso concreto, investigando a compatibilidade do instituto com a tutela constitucional e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil contra o racismo e outras formas de discriminação, ampliando o debate para incluir os casos de discriminação com base na orientação sexual ou na identidade de gênero. O estudo explora, ainda, decisões dos tribunais superiores, evidenciando os limites e as perspectivas jurídicas para a aplicação do ANPP em crimes de preconceito racial e a eles equiparados.

**Palavras-chave:** acordo de não persecução penal; natureza jurídica; crimes raciais; discriminação; orientação sexual; identidade de gênero.

### **ABSTRACT**

With the advent of the non-criminal prosecution agreement (ANPP), inserted into the Criminal Procedure Code (CPP) in 2019, strong discussions arose regarding the possibility or not of applying the aforementioned institute to racial crimes, especially given the normative silence in this regard. and, even more so, regarding crimes of a prejudiced nature, perpetrated against members of the LGBTQIAPN+ community. This article seeks to analyze the legal nature of the ANPP and the criteria for its application to the specific case, investigating the institute's compatibility with constitutional protection and the international commitments assumed by Brazil against racism and other forms of discrimination, expanding the debate to include cases of discrimination based on sexual orientation or gender identity. The study also explores decisions from higher courts, highlighting the limits and legal perspectives for the application of the ANPP in crimes of racial prejudice and similar crimes.

**Keywords:** non-criminal prosecution agreement; legal nature; racial crimes; discrimination; sexual orientation; gender identity.

## 1 INTRODUÇÃO

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro como mais um mecanismo de justiça penal negociada, com o propósito de possibilitar o tratamento de demandas de natureza penal, por meio de abordagem e ferramentas distintas do tradicional modelo conflitivo.

A Lei nº 13.964/2019 incluiu o instituto no art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP), ocasião em que estabeleceu as condições e limites específicos para a sua aplicação. Ademais, apesar da regulamentação levada a efeito, a inovação legislativa foi silente em relação à aplicabilidade ou não, do instituto aos crimes raciais, o que gerou debates de natureza doutrinária e jurisprudencial.

A controvérsia perpassa pela análise dos princípios constitucionais que regem as temáticas afetas ao racismo e à não discriminação, além dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, que se obrigou a combater atos racistas com maior rigor.

Isto posto, o presente artigo tem por objetivo examinar o acordo de não persecução penal, sua natureza jurídica e aspectos relevantes, com ênfase na demonstração da incompatibilidade do instituto com os crimes raciais, ampliando o debate para incluir a discussão relativa à discriminação com base na orientação sexual e na identidade de gênero.

## 2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP): COMPREENDENDO O INSTITUTO

### 2.1 Conceito

A Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio das “Regras de Tóquio” alertou, a nível mundial, acerca da necessidade de consolidar princípios que visam promover e estimular a aplicação, sempre que possível, de medidas não privativas de liberdade, afastando-se do modelo majoritariamente punitivista e edificando, gradualmente, uma justiça que privilegia formas e resultados menos gravosos do que a restrição da liberdade.

Dentro dessa narrativa, a legislação brasileira já contemplava a suspensão condicional do processo, a transação penal e a composição civil, como alternativas à persecução penal, em delitos de médio e menor potencial ofensivo. Todavia, não obstante o avanço legislativo nesse sentido, ainda se mostrava necessário criar um instrumento que pudesse alcançar delitos de maior potencial ofensivo.

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) ingressou no ordenamento jurídico brasileiro visando atender ao alerta da Assembleia Geral das Nações Unidas, às exigências de soluções alternativas no processo penal, minoração dos efeitos de condenações criminais, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais e o quantitativo de pessoas com restrição de liberdade, sendo materializado, inicialmente, por intermédio da Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017, alterada pela Resolução nº 183/2018, ambas de lavra do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) que, em seu artigo 18 e seguintes, trouxe o regramento para celebração do ANPP, incluindo os requisitos, as condições, as hipóteses de vedação do benefício, entre outros.

Nesse ínterim, não obstante a reconhecida importância da inovação trazida pela Resolução nº 181/2017, do CNMP, pesava sobre o referido ato o questionamento acerca da sua constitucionalidade, considerando que, ao dispor sobre as atribuições do referido Conselho, a Constituição Federal, em seu artigo 130-A, §2º, aduz que se relacionam ao “controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros”, não se verificando a possibilidade, sequer remota, da criação de institutos de natureza penal ou processual penal.

Diante disso, foram ajuizadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade pela Associação dos Magistrados Brasileiros (ADI 5790<sup>1</sup>) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 5793<sup>2</sup>), em que se sustentou a inconstitucionalidade formal e material da Resolução nº 181, do CNMP.

Com a vigência da Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, a problemática envolvendo a constitucionalidade ou não, da Resolução nº 181/2017 restou resolvida, haja vista que o ANPP foi inserido no Código de Processo Penal (CPP), no art. 28-A, cujo *caput* possui a seguinte redação, *in verbis*

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: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 1941).

Tecendo considerações acerca do instituto, Capez (2024, p. 99) ensina que

<sup>1</sup> Ação julgada monocraticamente em 22/08/2023, pelo Ministro Cristiano Zanin, que reconheceu a perda do objeto da ADI, diante da inserção do art. 28-A, no Código de Processo Penal.

<sup>2</sup> Ação julgada procedente em parte, Acórdão publicado em 13/08/2024, sendo que, na parte conhecida, o STF decidiu da seguinte forma:

a) declarar a inconstitucionalidade das expressões “sumário” e “desburocratizado” constantes do art. 1º, *caput*, da Resolução n. 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público;

b) declarar a constitucionalidade do art. 2º, V, do mesmo ato normativo, desde que interpretado conforme a Constituição e nos termos deste voto, vedando-se ao Ministério Público assumir a presidência do inquérito, que representa atribuição privativa da autoridade policial.

O ANPP é um acordo entre as partes, um negócio jurídico processual, consistente em um ajuste obrigacional celebrado entre o Ministério Público e o investigado, sempre assistido por seu advogado ou Defensor Público, com o objetivo de evitar o oferecimento da denúncia e o conseqüente início da ação penal. Trata-se de um instrumento de política criminal, no qual o órgão de acusação, ao avaliar a necessidade e suficiência da medida para fins de prevenção e repressão do crime, decidirá por sua celebração.

No acordo, o investigado se compromete a cumprir as condições previstas, ao passo que o MP deixa de processá-lo criminalmente. Não há imposição de qualquer espécie de pena, e, uma vez cumprido o pactuado, ocorrerá a extinção da punibilidade sem nem sequer ter havido processo. É, portanto, um instituto despenalizador.

Por sua vez, Lima (2020, p. 274) verbera que se trata de negócio jurídico de natureza extrajudicial

Na sistemática adotada pelo art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente – pelo menos em regra, pelo juiz das garantias (CPP, art. 3º-B, inciso XVII, incluído pela Lei n. 13.964/19) –, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor –, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Parquet de não perseguir judicialmente o caso penal extraído da investigação penal, leia-se, não oferecer denúncia, declarando-se a extinção da punibilidade caso a avença seja integralmente cumprida.

Consoante se observa, a iniciativa para propositura do ANPP é do Ministério Público, sendo que a lei não faz distinção se o crime em tese perpetrado se procede mediante ação pública incondicionada ou mediante representação<sup>3</sup>. Dentro desse contexto, importa ressaltar que a propositura do ANPP está intrinsecamente condicionada à possibilidade de oferecimento da peça acusatória, haja vista que demanda uma necessária confissão por parte do investigado, circunstância que não se verifica em outros institutos despenalizadores, como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Nesse contexto, apesar da distinção relativa à confissão como requisito obrigatório para o ANPP, as três medidas despenalizadoras, transação penal, suspensão condicional do processo e ANPP se assemelham no sentido de que a aceitação e o cumprimento dos termos não constará na certidão de antecedentes criminais, exceto para impedir a celebração de novo acordo, no prazo de cinco anos<sup>4</sup>, fator que materializa a essência mitigadora dos efeitos extrapenais nos indivíduos beneficiados por tais institutos.

<sup>3</sup> Nesse ponto, destaca-se a imprescindibilidade de prévia representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça, na forma do art. 24 do Código de Processo Penal, *in verbis*

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. (BRASIL, 1941).

<sup>4</sup> Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

## 2.2 Requisitos

A celebração do ANPP atrai a necessária observância cumulativa dos requisitos dispostos no art. 28-A do CPP, quais sejam: não ser caso de arquivamento da investigação, o investigado confessar formal e circunstancialmente a prática da infração, o delito ter sido cometido sem violência ou grave ameaça, a pena mínima da infração penal ser inferior a 4 (quatro) anos e ser o acordo necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do delito, regramento que será objeto de análise nos pontos a seguir.

### 2.2.1 Não ser caso de arquivamento do procedimento investigatório

Conforme pontuado anteriormente, a propositura do ANPP demanda a necessária análise da viabilidade de oferecimento da peça acusatória, por parte do titular da Ação Penal. Diante disso, em havendo possibilidade de arquivamento do procedimento investigatório, resta obstada a celebração do negócio jurídico entre o *Parquet* e o investigado. Tratando do tema, Brasileiro (2020, p. 280) leciona que, diante da inexistência de um rol de ocorrências que atraem o arquivamento das peças investigatórias, cabe ao intérprete aplicar, analogicamente, as hipóteses previstas nos artigos 395 e 396, do CPP, para o autor mencionado

[...] se o titular da ação penal entender que o arquivamento é de rigor, não poderá proceder à celebração do acordo. O CPP silencia acerca das hipóteses que autorizam o arquivamento do procedimento investigatório. Não obstante, é possível a aplicação, por analogia, das hipóteses de rejeição da peça acusatória e de absolvição sumária, previstas nos arts. 395 e 397 do CPP, respectivamente.

### 2.2.2 Confissão formal e circunstanciada do fato cometido sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos

---

[...]

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos (BRASIL, 1995)

Jurisprudência em Teses do STJ, Edição nº 93:

[...]

9) O prazo de 5 (cinco) anos para a concessão de nova transação penal, previsto no art. 76, § 2º, inciso II, da Lei n. 9.099/95, aplica-se, por analogia, à suspensão condicional do processo.

Art. 28-A [...]

[...]

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 1941).

O requisito ora analisado é fruto de embate doutrinário, que trava discussões acerca da eventual utilização da dita confissão em caso de rescisão do acordo, se ela teria efeitos para além daquele processo e se ela precisaria ser prévia à proposta do acordo em si.<sup>5</sup> Limitando-se aos aspectos do ANPP, Aras (2020, p.197) leciona que

[...] O investigado só faz acordo se quiser. Logo, não está obrigado a confessar. Pode optar por não negociar acordo algum e enfrentar a ação penal, sem necessidade de renunciar ao seu direito ao silêncio. A confissão faz parte do compromisso de tipo restaurativo e é compatível com as finalidades do instituto e com a acomodação dos interesses da vítima. Não há sequer prejuízo para a presunção de inocência porque no ANPP não se tem condenação criminal, e a confissão é retratável a qualquer tempo, nos termos do art. 200 do CPP.

Prevalece, doutrinariamente, que a confissão levada a efeito como condição para celebração do ANPP não deve ser utilizada como prova contra o investigado, no curso do processo penal, em respeito ao princípio do devido processo legal. Alinhado a esse posicionamento, Cunha (2020, p. 129)

[...] apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal.

No que se refere ao quantitativo de pena, optou o legislador por adotar a pena mínima como parâmetro, fixando o limite temporal de 04 (quatro) anos. Dentro desse contexto, para aferição da pena mínima, deve o intérprete considerar as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso em exame, em atenção ao que dispõe o art. 28-A, §1º do CPP.

A exigência referente à infração penal ter sido cometida sem violência ou grave ameaça, faz-se conceber que, ao optar pelo termo “infração”, em sentido amplo, quis o legislador que a medida pudesse ser aplicada aos crimes e contravenções. Ao analisar a temática, AVENA (2023, p. 599), sinaliza que a “violência ou grave ameaça” mencionados pelo legislador como impedimento para a celebração de ANPP se referem àquelas perpetradas contra a pessoa, não obstando a celebração o fato de o crime ter sido cometido com violência contra coisas.

### **2.2.3 ANPP como mecanismo necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime**

Em caminho oposto aos requisitos anteriormente citados, que possuíam natureza objetiva, tem-se que a avaliação do acordo de não persecução penal como mecanismo

<sup>5</sup> Aury Lopes (2022, pp. 262/263) entende que a confissão somente pode ser utilizada naquele processo em que se propõe o ANPP e que, em caso de rescisão do Acordo, não poderia ter reflexo na culpabilidade do agente.

necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime é circunstância que perpassa pela subjetividade do membro do Ministério Público, a partir de uma análise das peculiaridades da casuística posta em voga, bem como da natureza do delito em si, em atenção ao princípio da proporcionalidade.

Nesse diapasão, importa destacar que, no caso de recusa, por parte do *Parquet*, em propor o ANPP, o que deve ser acompanhado da devida justificativa, é permitido que o investigado requeira a remessa dos autos ao Órgão Superior, segundo previsão trazida no artigo 28-A, §14º do CPP, à semelhança do que ocorre em relação à transação penal e à suspensão condicional do processo, em que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 696, cuja redação é a seguinte

Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do CPP.

Analisando o viés relativo à discricionariedade do Órgão Ministerial para a propositura do ANPP, Lima (2020, p. 277) ensina que

[...] estamos diante de uma discricionariedade ou oportunidade regrada, porquanto somente é lícito ao Ministério Público celebrar a avença se acaso preenchidos todos os requisitos listados pelo art. 28-A, caput e parágrafos do CPP, com redação dada pela Lei n. 13.964/19. Não existe, pois, absoluta liberdade discricionária, posto que tais requisitos deverão ser necessariamente observados, sob pena inclusive de recusa judicial à homologação do acordo (CPP, art. 28-A, §7º).

No mesmo sentido, o Enunciado nº 19 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) estabelece que “o acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto”.

### 2.3 Vedações à propositura do ANPP

O art. 28-A, §2º, do Código de Processo Penal traz as seguinte hipóteses impeditivas para a propositura do ANPP, *ipsis litteris*

Art. 28-A. [...]

§ 2º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

- 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; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- 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 (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
- 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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (BRASIL, 1941).

Pela análise do dispositivo, tem-se que basta apenas a ocorrência de uma das hipóteses, para que o ANPP não seja cabível. Nesse diapasão, mostra-se necessário pontuar que, visando preservar a vontade do legislador quando da positivação do instituto, a jurisprudência tem especificado algumas situações que, apesar de não terem sido listadas no rol do art. 28-A, §2º do CPP, são igualmente impeditivas para a celebração do ANPP, diante da reprovabilidade da conduta, como ocorreu com o julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (RHC) 222.599, em que o STF, por maioria de votos, fez prevalecer a tese de que o ANPP não pode ser ofertado no caso de crimes raciais e do previsto no art. 140, §3º do Código Penal.<sup>6</sup>

### **3 ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO) 26 E DO MANDADO DE INJUNÇÃO (MI) 4733**

De acordo com o art. 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), tidos como mandados de criminalização inseridos no texto constitucional, a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, a Lei nº 7.716/89, conhecida como Lei Caó, define os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor. Contudo, não obstante as referidas obrigações constitucionais que impõem ao Estado a criminalização de comportamentos que lesem certos bens jurídicos, os atos discriminatórios cometidos em virtude da orientação sexual e da identidade de gênero da vítima não foram tipificados no âmbito do Direito Penal, fazendo-se necessário, por conseguinte, o ajuizamento de ações de controle concentrado e/ou constitucionais com o intuito de resolver a inércia injustificada do Poder Legislativo.

Diante da ausência de legislação específica, o Poder Judiciário, em sua atividade

<sup>6</sup> Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

[...]

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência: (Redação dada pela Lei nº 14.532, de 2023) (BRASIL, 1940).



hermenêutica, com base na CF/88 e nos tratados internacionais de direitos humanos, possui papel fundamental na prevenção e repressão das condutas de preconceito ou de discriminação direcionados aos indivíduos integrantes de grupos sociais vulneráveis. Assim, o Supremo Tribunal Federal (STF), por intermédio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, decidiu da seguinte maneira:

**EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERACÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) – [...] – A QUESTÃO DA “IDEOLOGIA DE GÊNERO” – SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A COLMATAÇÃO DO ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL: (A) CIENTIFICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL QUANTO AO SEU ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL E (B) ENQUADRAMENTO IMEDIATO DAS PRÁTICAS DE HOMOFOBIA E DE TRANSFOBIA, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME (QUE NÃO SE CONFUNDE COM EXEGESE FUNDADA EM ANALOGIA “IN MALAM PARTEM”), NO CONCEITO DE RACISMO PREVISTO NA LEI Nº 7.716/89 – [...] – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MEDIANTE PROVIMENTO JURISDICIONAL, TIPIFICAR DELITOS E COMINAR SANÇÕES DE DIREITO PENAL, EIS QUE REFERIDOS TEMAS SUBMETEM-SE À CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI EM SENTIDO FORMAL (CF, art. 5º, inciso XXXIX) – [...] – A QUESTÃO DA INTOLERÂNCIA, NOTADAMENTE QUANDO DIRIGIDA CONTRA A COMUNIDADE LGBTI+: A INADMISSIBILIDADE DO DISCURSO DE ÓDIO (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, ARTIGO 13, § 5º) – A NOÇÃO DE TOLERÂNCIA COMO A HARMONIA NA DIFERENÇA E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS – DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, PROTEÇÃO DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – A BUSCA DA FELICIDADE COMO DERIVAÇÃO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – [...] – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO CONHECIDA, EM PARTE, E, NESSA EXTENSÃO, JULGADA PROCEDENTE, COM EFICÁCIA GERAL E EFEITO VINCULANTE – APROVAÇÃO, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DAS TESES PROPOSTAS PELO RELATOR, MINISTRO CELSO DE MELLO. **PRÁTICAS HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS CONFIGURAM ATOS DELITUOSOS PASSÍVEIS DE REPRESSÃO PENAL, POR EFEITO DE MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO ( CF, ART. 5º, INCISOS XLI E XLII), POR TRADUZIREM EXPRESSÕES DE RACISMO EM SUA DIMENSÃO SOCIAL** – Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”). NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE DIREITOS NEM**

SOFRER QUAISQUER RESTRIÇÕES DE ORDEM JURÍDICA POR MOTIVO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU EM RAZÃO DE SUA IDENTIDADE DE GÊNERO – [...] Ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado de seus direitos (entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento que a Constituição e as leis da República dispensam às pessoas em geral) ou sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero! [...] AS VÁRIAS DIMENSÕES CONCEITUAIS DE RACISMO. O RACISMO, QUE NÃO SE RESUME A ASPECTOS ESTRITAMENTE FENOTÍPICOS, CONSTITUI MANIFESTAÇÃO DE PODER QUE, AO BUSCAR JUSTIFICAÇÃO NA DESIGUALDADE, OBJETIVA VIABILIZAR A DOMINAÇÃO DO GRUPO MAJORITÁRIO SOBRE INTEGRANTES DE GRUPOS VULNERÁVEIS (COMO A COMUNIDADE LGBTI+), FAZENDO INSTAURAR, MEDIANTE ODIOSA (E INACEITÁVEL) INFERIORIZAÇÃO, SITUAÇÃO DE INJUSTA EXCLUSÃO DE ORDEM POLÍTICA E DE NATUREZA JURÍDICO-SOCIAL – O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito. [...]. – O discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, não encontra amparo na liberdade constitucional de expressão nem na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, § 5º), que expressamente o repele. A QUESTÃO DA OMISSÃO NORMATIVA E DA SUPERAÇÃO TEMPORAL IRRAZOÁVEL NA IMPLEMENTAÇÃO DE ORDENS CONSTITUCIONAIS DE LEGISLAR. A INSTRUMENTALIDADE DA AÇÃO DIRETA POR OMISSÃO NA COLMATAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO **A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional (como aquela que deriva do art. 5º, XLI e XLII, de nossa Lei Fundamental) – qualifica-se como comportamento revestido de intensa gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados da Lei Fundamental. Doutrina. Precedentes (ADI 1.458- MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).** – Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, do que a promulgar com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes ou de grupos majoritários, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos ou, muitas vezes, em frontal desrespeito aos direitos das minorias, notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade. – A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nesse contexto, tem por objetivo provocar legítima reação jurisdicional que, expressamente autorizada e atribuída ao Supremo Tribunal Federal pela própria Carta Política, destina-se a impedir o desprestígio da Lei Fundamental, a neutralizar gestos de desprezo pela Constituição, a outorgar proteção a princípios, direitos e garantias nela proclamados e a obstar, por extremamente grave, a erosão da consciência constitucional. Doutrina. Precedentes do STF. (STF - ADO: 26 DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020, grifos nossos).

A partir do exame do julgado supracitado, é possível ressaltar que garantir às pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, queers, intersexuais, assexuais, pansexuais, não binários ou de outras identidades (LGBTQIAPN+) o respeito aos direitos fundamentais direcionados à cidadania plena, inclusive àqueles relativos à felicidade, também perpassa pela necessidade de evitar que a sociedade reproduza, deliberada e indevidamente, práticas preconceituosas, excludentes e discriminatórias que configurem desrespeito à proteção dispensada a toda pessoa humana, independentemente da orientação sexual ou da identidade de gênero.

Por isso, a atuação do STF, ao decidir, por intermédio de interpretação conforme à Constituição, que as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716/89, não desrespeita o princípio penal da legalidade, por meio do qual não há crime sem lei anterior que o defina, porquanto continuará sendo de responsabilidade do Poder Legislativo tipificar tais condutas.

Todavia, a omissão do Poder Público, ao deixar de cumprir ou ao considerar de forma deficitária os mandados de criminalização, por não tutelar os direitos de uma parcela da população que, diariamente, sofre com as mazelas da injustiça social, penal e estrutural, qualifica-se como ofensa à Constituição, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras dos objetivos primordiais do Estado Democrático de Direito, de modo que, ao ser instado a se manifestar, o Poder Judiciário precisou, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, suprir as omissões verificadas.

Na mesma data do julgamento da ADO, a Suprema Corte julgou procedente o Mandado de Injunção (MI) 4733 para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89 com o objetivo de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, nos termos do voto do Relator, vencidos, em menor extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente) e o Ministro Marco Aurélio, que julgava inadequada a via mandamental. Nesse ínterim, cumpre destacar a ementa da referida ação constitucional, *in verbis*:

**DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO**

**INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE. 1. É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero. 2. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual. 3. À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, dessume-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. 4. A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênero ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe. 5. A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor. 6. Mandado de injunção julgado procedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. (STF - MI: 4733 DF 9942814-37.2012.1.00.0000, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 29/09/2020, grifos nossos).**

Desta feita, percebe-se que, em decorrência da morosidade legislativa, os entendimentos preconizados pelo STF, baseados na dimensão social do racismo, que não se limita a aspectos meramente biológicos ou fenotípicos, devem prevalecer, a fim de que o agente de condutas homotransfóbicas incorra nas reprimendas dispostas na Lei nº 7.716/1989. Alicerçado em tais premissas, o presente trabalho busca verificar a possibilidade ou não de oferecimento do ANPP às casuísticas atualmente abarcadas pela aludida legislação.

#### **4 INAPLICABILIDADE DO ANPP AOS CRIMES RACIAIS - RHC 222.599/STF**

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 222.599, decidiu, por maioria, que o acordo de não persecução penal não seria aplicável aos crimes raciais, enumerados na Lei nº 7.716/89, tampouco ao delito previsto no art. 140, §3º, do Código Penal. A casuística levada à análise do Supremo se trata de uma condenação pelo cometimento do crime de injúria racial praticada na presença de várias pessoas (art. 140, §3º c/c art. 141, inciso III, ambos do Código Penal), em que a parte recorrente buscava que lhe fosse oportunizada a celebração do ANPP, por considerar que estavam preenchidos os requisitos insculpidos pelo art. 28-A do CPP, veja-se

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL. OBSERVÂNCIA. NECESSIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TESE DEFENSIVA. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

CRIME RACIAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. INAPLICABILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO. 1. A construção e o efetivo alcance de uma sociedade fraternal, pluralista e sem preconceitos, tal como previsto no preâmbulo da Constituição Federal, perpassa, inequivocamente, pela ruptura com a práxis de uma sociedade calcada no constante exercício da dominação e desrespeito à dignidade da pessoa humana. 2. A promoção do bem de todos, aliás, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados no art. 3º da Constituição Federal de 1988. 3. Assim, a delimitação do alcance material para a aplicação do acordo “despenalizador” e a inibição da *persecutio criminis* exige conformidade com o texto Constitucional e com os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro internacionalmente, como limite necessário para a preservação do direito fundamental à não discriminação e à não submissão à tortura – seja ela psicológica ou física, ao tratamento desumano ou degradante, operada pelo conjunto de sentidos estereotipados que circula e que atribui tanto às mulheres quanto às pessoas negras posição inferior, numa perversa hierarquia de humanidades. 4. Considerada, pois, a teleologia da excepcionalidade imposta na norma e a natureza do bem jurídico a que se busca tutelar, tal como os casos previstos no inciso IV do art. 28 do CPP, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) não abarca os crimes raciais, assim também compreendidos aqueles previstos no art. 140, § 3º, do Código Penal (HC 154248). 5. Recurso ordinário em habeas corpus não provido. (STF - RHC: 222599 SC, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 07/02/2023, Segunda Turma, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJE-063 DIVULG 22-03-2023 PUBLIC 23-03-2023).

Pela análise da íntegra do *decisum*, percebe-se que o STF adotou, como *ratio decidendi*, além do artigo 3º da Constituição<sup>7</sup>, os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro, para a preservação e fortalecimento dos direitos humanos, a exemplo da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, adotada na Guatemala, e da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. O engajamento do Brasil em instrumentos de proteções aos Direitos Humanos, a exemplo dos citados, demanda uma postura ativa do Estado no combate, principalmente, à preservação do direito fundamental à não discriminação, ao tratamento desumano ou degradante de pessoas, pelo fato de pertencerem a um recorte populacional específico que as coloca numa “perversa hierarquia de humanidades”, consoante destacado pelo Ministro Edson Fachin, Relator do RHC em comentário.

Nesse toar, o Ministro Relator, utilizando-se do critério teleológico, pontuou que, analogicamente à vedação trazida pelo art. 28-A, §2º, inciso IV do CPP, em que o legislador vedou a celebração de ANPP aos crimes perpetrados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou, ainda, contra a mulher em razão do seu sexo, pode-se concluir, também, pela

<sup>7</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (Brasil, 1988).

inaplicabilidade do ANPP aos crimes raciais. Nesse contexto, evidencia-se a justificativa lançada no voto

[...] no tocante ao cabimento de proposição de Acordo de Não Persecução Penal, a legislação ordinária, de maneira escoreita, penso eu, afastou sua aplicação 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 (inciso IV do art. 28-A do CPP). Seguindo a teleologia dessa excepcionalidade, todavia, e não a sua literalidade, essa reserva não deve ser compreendida como a única.

O Ilustre Ministro evidencia, ainda, que esse mesmo viés interpretativo foi adotado pela Corte, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 154.248/DF, em que ficou sedimentada a imprescritibilidade do crime de injúria racial. Aqui, cabe ressaltar que, com o advento da Lei nº 14.532/2023, houve uma unificação topológica e a introdução, no art. 2º-A, da Lei nº 7.716/89, da criminalização da injúria racial como sendo ofensa à honra de outrem, baseada em elementos de raça, cor, etnia ou procedência nacional, de modo que a injúria racial passou a ser concebida, pela legislação pátria, como uma das modalidades de racismo.

Com efeito, além dos destaques trazidos pelo Ministro Relator, o ordenamento jurídico como um todo, especialmente por meio da Carta Magna, consubstancia expressamente a gravidade dos crimes raciais e do rigor necessário com que o Estado deve atuar frente a essas condutas, sendo tal aspecto percebido pela leitura dos seguintes artigos, todos da Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

II - prevalência dos direitos humanos;

[...]

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, **sem distinção de qualquer natureza**, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (grifo nosso)

[...]

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; (BRASIL, 1988).

Seguindo o entendimento emanado pelo STF, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o AREsp 2.607.962-GO, em 13/08/2024, decidiu pela impossibilidade de celebração de

acordo de não persecução penal nos crimes raciais, o que inclui as práticas delituosas decorrentes de atos homofóbicos, por considerar que o mecanismo despenalizador é insuficiente à reprovação e prevenção de crimes dessa natureza.

Dentro desse contexto, entendemos que a aplicação de soluções concebidas sob a égide da Justiça Consensual, Negocial ou Pactual, como o ANPP, nos casos que envolvam a prática de crimes previstos na Lei nº 7.716/89 ou a ele equiparados, bem como no art. 140, §3º, do Código Penal, viola frontalmente o texto constitucional, por ignorar o viés antirracista adotado pela Lei Maior e, também, engessa a normativa do próprio instituto, que preconiza somente ser cabível a celebração, quando “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Em reforço, urge destacar que, do mesmo modo que a atuação estatal deve ser balizada pelo princípio da proporcionalidade, ainda mais efetivamente quando se está diante da tutela penal, em que se veda a proibição do excesso, não se mostra igualmente proporcional e razoável que opere de maneira deficitária, omitindo-se em relação à proteção de direitos e de garantias fundamentais, em atenção ao princípio da proibição da proteção deficiente, sob pena de incorrer em violação à Constituição Federal, às leis e tratados internacionais a que está submetido, circunstância que torna possível que o guardião da Constituição, na sua função de garantir que a Lei Fundamental seja respeitada, interprete as normas vigentes, com o objetivo de garantir o maior alcance e aplicabilidade, primando pelo respeito aos direitos fundamentais.

## **5 (IM)POSSIBILIDADE DE PROPOSITURA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NOS CASOS DE DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO**

Consoante alhures asseverado, com o advento da Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, o art. 28-A, foi acrescentado ao CPP, instituindo-se, dessa forma, a possibilidade de celebração do acordo de não persecução penal para os investigados que preencherem os requisitos estabelecidos no supradito dispositivo legal. As previsões do art. 28-A, *caput*, incisos III e IV e §§ 5º, 7º e 8º do CPP, inclusive, foram declaradas constitucionais pelo STF ao apreciar e julgar as ADIs 6.298/DF, 6.299/DF, 6.300/DF e 6305/DF.

O instituto em questão está diretamente ligado ao movimento denominado de Justiça Penal Consensual, Negociada ou Pactual, objetivando otimizar os recursos públicos e efetivar a Justiça multiportas (CAVALCANTE, 2023), além de incentivar a aplicação de medidas não privativas de liberdade.

Logo, com suporte no delineamento dos vetores estabelecidos pelo legislador pátrio, é essencial verificar o conteúdo dos atos praticados pelos indivíduos que propagam discriminação

em desfavor do grupo LGBTQIAPN+ e, em consequência, analisar se estes são ou não, incompatíveis com a possibilidade de propositura do ANPP.

### **5.1 Incompatibilidade da celebração de acordo de não persecução penal nos crimes homotransfóbicos**

Conforme exposto no tópico 2 deste estudo, os requisitos alvitados no Código de Processo Penal, quais sejam, não ser caso de arquivamento da investigação, o investigado confessar formal e circunstancialmente a prática da infração, delito ter sido cometido sem violência ou grave ameaça, a pena mínima da infração penal ser inferior a 4 (quatro) anos e ser o acordo necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do delito, devem ser observados pelo Órgão Ministerial quando do oferecimento da proposta de ANPP à parte investigada.

Apesar de, em algumas casuísticas envolvendo discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, haver possibilidade de aplicação do instituto objeto desta pesquisa em decorrência do eventual preenchimento das três primeiras exigências insertas no *caput* do art. 28-A, do CPP, entendemos que o representante do Ministério Público, ao apreciar a situação concreta, deve, de maneira fundamentada, emitir parecer com indicação de que o ANPP não é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Outrossim, condutas preconceituosas como as tratadas neste trabalho não encontram amparo entre os valores do Estado Democrático de Direito, haja vista que violam demasiadamente os preceitos e as garantias fundamentais da República Federativa do Brasil, exigindo-se de toda a sociedade atuação conjunta e efetiva para viabilizar a redução dos casos de discurso do ódio direcionadas aos integrantes da comunidade LGBTQIAPN+.

Portanto, a partir do estudo realizado, compreendemos que a *ratio decidendi* do RHC 222.599 também deve ser aplicada, pelo STF, aos processos concernentes aos atos homotransfóbicos, impossibilitando a propositura de ANPP para os investigados de tais crimes, sobretudo porque o ordenamento jurídico brasileiro, em consonância com os ditames dos documentos internacionalmente reconhecidos, tem como fundamento precípua a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, segundo dispõe o outrora transcrito art. 1º, inciso III, da CF/88. Cumpre salientar, inclusive, que este foi o entendimento firmado pelo STJ no AREsp 2.607.962-GO, em 13/08/2024, ao decidir pela impossibilidade de celebração do aludido instituto nos feitos envolvendo crimes raciais, o que inclui as práticas delituosas decorrentes de atos homofóbicos.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou entender as nuances relativas ao tratamento jurisprudencial dado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) à possibilidade ou não de propositura do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) em casos envolvendo condutas racistas, com o intuito de elucidar se o entendimento preconizado pela referida Corte, ao julgar o RHC 222.599, também deveria ser aplicado aos atos discriminatórios em desfavor das pessoas LGBTQIAPN+.

Considerando a necessidade de estabelecer soluções alternativas no processo penal, minorar os efeitos de condenações criminais, a fim de reduzir os efeitos sociais prejudiciais e o quantitativo de pessoas com restrição de liberdade, o estudo destacou que o ANPP ingressou no ordenamento jurídico brasileiro a partir do alerta da Assembleia Geral das Nações Unidas.

Ademais, ressaltou-se que cabe ao Ministério Público a realização de tratativas para firmar o referido acordo com a parte investigada, na presença de seu defensor, desde que observada a cumulação dos requisitos dispostos no art. 28-A do CPP. Ato contínuo, a análise do tema evidenciou que a jurisprudência tem indicado algumas situações que, embora não tenham sido insertas no art. 28-A, §2º do CPP, são também impeditivas para a celebração do ANPP, em virtude da reprovabilidade mais acentuada da conduta.

É nesse contexto que, ao julgar a ADO 26 e o MI 4733, a Corte Constitucional, baseada na dimensão social do racismo, entendeu que o agente de condutas homotransfóbicas deve incorrer, por identidade de razão e mediante adequação típica, nas penas previstas na Lei nº 7.716/1989, objetivando, assim, atender aos mandados de criminalização contidos na Constituição Federal de 1988.

Reconheceu-se, no mandado de injunção supramencionado, a mora inconstitucional do legislador brasileiro. Além disso, determinou-se, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a aplicação da Lei nº 7.716/89 com o intuito de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou por identidade de gênero.

Pontuou-se que o STF, ao julgar o Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 222.599, decidiu, por maioria, que o acordo de não persecução penal não seria aplicável aos crimes raciais tipificados na Lei nº 7.716/89, tampouco ao delito previsto no art. 140, §3º, do Código Penal, asseverando, para tanto, que, analogicamente à disposição trazida pelo art. 28-A, §2º, inciso IV do CPP, em que o legislador vedou a celebração de ANPP aos crimes praticados no

âmbito de violência doméstica ou familiar ou contra a mulher em razão da condição de sexo feminino, era possível concluir pela inaplicabilidade do instituto aos crimes raciais.

Destarte, chegou-se à conclusão de que as discriminações perpetradas por motivos relativos à orientação sexual ou à identidade de gênero não encontram amparo na seara jurídica brasileira. Pelo contrário, merecem ser rechaçadas por violarem os valores interna e internacionalmente assegurados, de modo que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar casos de homotransfobia, deve sobrelevar a impossibilidade de propositura de ANPP, seguindo a *ratio decidendi* do RHC 222.599 e do AREsp 2.607.962-GO, de competência do Tribunal da Cidadania.

## REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019**. Lei anticrime comentada. Leme, SP: JH Mizuno, 2020.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 27 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto n. 65.810, de 8 de Dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D65810.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html). Acesso em: 02 de set. 2024.

BRASIL. **Decreto Legislativo n. 01/2021, de 19 de Fevereiro de 2021**. Aprova o texto da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, adotada na Guatemala, por ocasião da 43ª Sessão Ordinária da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, em 5 de junho de 2013. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-legislativo-304416057>. Acesso em: 02 de set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial da União: 6 jan. 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm). Acesso em: 27 ago. 2024.

BRASIL. Ministério Público do Estado de Goiás. **Enunciados interpretativos da Lei n. 13.964/2019: Lei Anticrime**. Disponível em:

[https://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2020/01/22/09\\_46\\_37\\_348\\_GNCCRIM\\_AN%C3%81LISE\\_LEI\\_ANTICRIME\\_JANEIRO\\_2020.pdf](https://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2020/01/22/09_46_37_348_GNCCRIM_AN%C3%81LISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf). Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses, Edição n. 93, Tese n. 9**. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/JuriTeses/article/view/11341/11470>. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5790 DF**. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1940097966/inteiro-teor-1940097984>. Acesso em: 02 set.2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5793 DF**. Ementa: Direito Constitucional, Penal e Processual Penal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Resolução N. 181, de 7 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). [...]. Relator: Min. Cristiano Zanin, julgado em 01/07/2024. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/2658307747>. Acesso em: 02 set.2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO 26 DF**. Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais [...]. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 13/06/2019. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/939911266>. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 4733 DF**. Ementa: Direito Constitucional. Mandado de Injunção. Dever do Estado de criminalizar as condutas atentatórias dos direitos fundamentais. Homotransfobia [...]. Relator: Min. Edson Fachin, julgado em 13/06/2019.

Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/24353944>. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 222 599 SC**. Ementa: Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Penal e Processual Penal. [...] Impossibilidade. Crime Racial. Acordo de Não Persecução Penal. Inaplicabilidade. Recurso Ordinário Não Provido. Relator: Min. Edson Fachin, julgado em 07/02/2023. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=766490810>. Acesso em: 02 de set. 2024.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Informativo STF-1106**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<https://www.buscadordizerodireito.com.br/informativo/detalhes/b86e8d03fe992d1b0e19656875ee557c>. Acesso em: 30 ago. 2024.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Tóquio**: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Coordenação: Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2024.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime - Lei n. 13964/2019**: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEO. Editora Juspodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

Recebido/Received: 01/11/2024  
Aceito/Accepted: 23/01/2025  
Publicado/Published: 30/01/2025