

## MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 242.682 SÃO PAULO

**RELATOR** : MIN. NUNES MARQUES  
**PACTE.(S)** : ABGAIR APARECIDO DA SILVA  
**IMPTE.(S)** : EUGENIO CARLO BALLIANO MALAVASI E  
OUTRO(A/S)  
**COATOR(A/S)(ES)** : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### DECISÃO

1. A defesa de Abgair Aparecido da Silva impetrou *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, em face de acórdão do Superior Tribunal de Justiça que está assim ementado:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ANPP. PRECLUSÃO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E PROLAÇÃO DE SENTENÇA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a retroatividade do art. 28-A do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, se revela incompatível com o propósito do instituto, quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias.

2. In casu, já há, inclusive sentença condenatória prolatada, não se podendo cogitar da aplicação do art. 28-A do CPP, em face também de preclusão. Assim, não há que se falar em nulidade ou necessidade de devolução dos autos ao Ministério Público para oportunizar a propositura das benesses suscitadas.

3. Agravo regimental desprovido.  
(HC 893.739 AgRg, ministro Ribeiro Dantas)

Postula, em síntese, o direito à celebração de acordo de não persecução penal (art. 28-A, CPP).

É o relatório.

## HC 242682 MC / SP

2. O processo está em condições de ser julgado, nos termos do art. 52, parágrafo único, do Regimento Interno. Dispensou a remessa ao Ministério Público Federal.

Tal o contexto, passo a decidir.

O acordo de não persecução penal (ANPP) não constitui direito subjetivo do acusado. É preciso considerar a manifestação bilateral de vontades: a da acusação e a da defesa.

Tal compreensão encontra respaldo na doutrina, a exemplo do seguinte trecho da obra de Renato Brasileiro de Lima<sup>1</sup>:

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

Ora, se é assim, penso que não compete ao Poder Judiciário impor ao Ministério Público a celebração do ANPP. Ressalvo, todavia, o dever que tem o magistrado, caso preenchidos os requisitos legais, de remeter os autos ao Ministério Público a fim de oportunizar a propositura do acordo, com a devida remessa ao órgão superior, em caso de recusa, nos termos do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal:

Art. 28-A. [...]  
[...]

---

<sup>1</sup> LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

## HC 242682 MC / SP

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

De outro lado, sabe-se que a matéria relativa à retroatividade do ANPP se encontra afetada ao Plenário do Supremo, nos autos do HC 185.913, ministro Gilmar Mendes, desde 24 de dezembro de 2020.

Nada obstante, a questão já foi examinada, em sessão virtual de 9 a 16 de dezembro de 2022, pela Segunda Turma, que, ao julgar o HC 220.249 AgR, ministro Edson Fachin, acordou, por unanimidade, em reconhecer a aplicação retroativa do art. 28-A do Código de Processo Penal, de modo a atingir tanto as investigações criminais quanto as ações penais em curso, e até o trânsito em julgado. Transcrevo a ementa do referido acórdão:

*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

## HC 242682 MC / SP

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.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, a Lei n. 13.964/2019, na parte em que institui tal ajuste, pode ser considerada norma penal de natureza híbrida.

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

Como é cediço, quando se trata de norma penal de conteúdo material, aplica-se a retroatividade benéfica, conforme dispõe o art. 5º, XL, da Constituição da República: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

## HC 242682 MC / SP

Portanto, entendo incidirem retroativamente nas persecuções penais em curso as regras relacionadas ao ANPP, em virtude da natureza híbrida da norma e do conteúdo mais favorável ao réu.

A corroborar essa ótica, veja-se a lição de Marcos Paulo Dutra Santos<sup>2</sup>:

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

Em suma, a Lei n. 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal, deve retroagir, por veicular norma penal mais benéfica ao réu.

Importa notar que referido diploma legal entrou em vigência quando, na espécie, ainda não havia sentença penal condenatória transitada em julgado.

Ademais, é firme a jurisprudência da Segunda Turma quanto à necessidade de a defesa manifestar a intenção na realização do acordo de

---

<sup>2</sup> SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Comentários ao Pacote Anticrime*. 2. ed. São Paulo: Gen-Método, 2022. p. 159-172.

## HC 242682 MC / SP

não persecução penal na primeira oportunidade após a vigência da lei que criou o instituto, sob pena de preclusão. Cito, nesse sentido, o ARE 1.394.818 AgR, ministro Gilmar Mendes, que possui a seguinte ementa:

7. A partir das premissas estabelecidas, com a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, em 23.1.2020, 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 não se deu na primeira oportunidade de manifestar-se nos autos após a entrada em vigor do citado art. 28-A do CPP, logo, fora dos critérios de boa-fé objetiva estabelecidos anteriormente.

No caso concreto, tendo a Lei n. 13.964/2019 entrado em vigor no curso da ação penal, o ora paciente manifestou interesse na realização do acordo de não persecução penal na primeira oportunidade após a vigência do art. 28-A do Código de Processo Penal, quando da apresentação de defesa. Confira-se, no ponto, fragmento da sentença penal condenatória (e-Doc 2 - pág. 100):

A defesa de Abgair (fls. 2189-2208) requereu que seja declarada a incompetência do juízo relativamente ao julgamento do crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito (artigo 16, § 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/03); **subsidiariamente, requereu a conversão do julgamento em**

**HC 242682 MC / SP**

**diligência para que o Ministério Público se manifeste acerca da formulação do acordo de não persecução penal**, por fim, pleiteou a absolvição pelas demais imputações. (grifei)

Reputo incorrente, portanto, a preclusão.

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

À luz da presunção de inocência, a força executiva da condenação criminal apenas se torna definitiva com a preclusão máxima. Até lá, é possível que, no curso da persecução penal (fases investigativa e judicial), as partes optem pela formalização do acordo previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

Noutros termos, o ANPP, inspirado no modelo de justiça consensual que o orienta, e desde que integralmente cumpridas as condições ajustadas pelas partes e homologado o acordo pelo juízo competente, revela natureza jurídica de causa extintiva da punibilidade (CPP, art. 28-A, § 13).

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

3. Em face do exposto, defiro o *habeas corpus*, para reconhecer a retroatividade do art. 28-A do Código de Processo Penal e determinar que

**HC 242682 MC / SP**

o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Itanhaém/SP — (Ação Penal n. 1519079-68.2020.8.26.0266) remeta os autos ao órgão acusatório, a fim de oportunizar a propositura de acordo de não persecução penal, observados os requisitos previstos na legislação, sendo eventual recusa passível de controle nos termos do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal.

4. Intime-se. Publique-se. Comunique-se.

Brasília, 19 de agosto de 2024.

Ministro NUNES MARQUES

Relator

*Documento assinado digitalmente*