



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2021.0000500268

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2062984-54.2021.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Paciente GIOVANI PEREIRA DOS SANTOS, é impetrado MMJD DA 2ª VARA CRIMINAL.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTAVIO ROCHA (Presidente sem voto), ALBERTO ANDERSON FILHO E FREITAS FILHO.

São Paulo, 23 de junho de 2021.

ADILSON PAUKOSKI SIMONI

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Habeas Corpus Criminal

Processo nº 2062984-54.2021.8.26.0000

Relator: **ADILSON PAUKOSKI SIMONI**

Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal

Paciente: Giovani Pereira dos Santos e investigados usuários da Defensoria Pública

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

HABEAS CORPUS – Impetração formulada também em favor dos demais investigados usuários da Defensoria Pública para que seja determinado ao Ministério Público de Marília que se abstenha de exigir a confissão formal e circunstancial enquanto condição para celebração do acordo de não persecução penal - Pleiteia-se declaração incidental de inconstitucionalidade e inconveniência da expressão “e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal”, contida no artigo 28-A, do Código de Processo Penal – Inviabilidade – O instituto de acordo de não persecução penal [art. 28-A do CPP, com redação dada pelo Pacote Anticrime (Lei nº13.964/19)] não transgredir o direito constitucional ao silêncio e de não se produzir prova contra si mesmo [disciplinado também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), artigo 8º, II, “g”], tampouco se confunde com as demais formas despenalizadoras vigentes (como composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo da Lei nº 9.099/95, da colaboração premiada da Lei nº 12.850/13), porquanto conta com contornos normativos e requisitos próprios, limitando-se a infração penal sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, consubstanciando-se na possibilidade de um negócio jurídico onde o investigado, sem direito subjetivo à benesse legal (a iniciativa legiferada é do Parquet), não é obrigado a confessar (se, acompanhado de seu advogado, livremente não concordar com tal condição, o acordo não se aperfeiçoará) – A se pensar de forma contrária, o nemo tenetur se detegere conspurcaria até mesmo a confissão espontânea da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

autoria do crime perante a autoridade, que, ocorrendo, implica atenuação penal (art. 65, III, d, do CP), não deixando de ser, assim, mesmo que implicitamente, um ajuste legal entre o réu e o Estado – possibilitando, também daí, eventuais ressarcimentos cíveis a outrem, como vítimas ou seus sucessores. Nesse exemplo, como não há obrigação ao silêncio, tanto um (acordo de não persecução penal com possibilidade de extinção da punibilidade pelo correspondente cumprimento: art. 28-A, §13, do CPP) como outra (confissão espontânea perante a autoridade com atenuação da pena) constituem matéria de política criminal, considerada pelo Poder próprio (Legislativo), a quem cabe, na sua tarefa de satisfação do interesse público, definir/atualizar as leis processuais e penais, de maneira a não competir ao Poder Judiciário interferir nessas opções, tampouco, com base no princípio da razoabilidade, substituir o Poder Legislativo (neste sentido, mutatis mutandis, o STF) – Trata-se, ainda, de acordo que pode ser realizado durante a fase inquisitiva da persecução penal, até o recebimento da denúncia, eis que visa exatamente obstar o início da persecutio criminis in iudicio (STJ) – ORDEM DENEGADA.

Voto 32

Vistos.

Com pedido de liminar, o *habeas corpus* epigrafado foi impetrado em favor de **Giovani Pereira dos Santos e investigados usuários da Defensoria Pública** contra ato do Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Marília.

Sustenta-se, em síntese, que: a-) a necessidade de confissão formal e circunstanciada, prevista no artigo 28-A do Código de Processo Penal, como condição para celebração da proposta de não persecução penal, viola a garantia constitucional de não



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

autoincriminação (art. 5º, LXIII, CF), pois pretende obrigar o investigado a produzir prova contra si, assim afrontando o devido processo legal e ferindo o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, que asseguram à pessoa o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem de confessar-se culpada, também violando a razoabilidade, já que essa condição não é exigida pelos demais institutos de justiça negocial vigentes, na linha da composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo da Lei nº 9.099/95, da colaboração premiada da Lei nº 12.850/13 e do acordo de não persecução penal previsto na Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público; b-) a confissão pode trazer ao paciente nefastas consequências na esfera cível, em eventual ação reparatória; c-) é contraditório um sistema que prevê o princípio *nemo tenetur se detegere*, em que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo, e que, ao mesmo tempo, estabelece a necessidade da pessoa investigada se ver obrigada a confessar algo como requisito do acordo num momento onde sequer há processo em andamento.

Requeru-se, *in limine*, que se reconhecesse, incidentalmente, a inconstitucionalidade e inconveniência da expressão “*e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal*”, contida no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, determinando-se que o Ministério Público de Marília se absteresse de exigir a confissão formal e circunstancial enquanto condição para celebração do acordo de não persecução penal.

A liminar foi indeferida a fls.33/35.

O *writ* foi processado, com a juntada das informações (fls.40/42).

Manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

pela denegação da ordem (fls.49/60).

É o relatório.

Primeiramente, extrai-se da conjugação dos incisos LXVIII e LXIX do artigo 5º do Texto Constitucional da República que, enquanto o Mandado de Segurança se destina a resguardar *direito líquido e certo* não amparado por habeas data ou *habeas corpus*, este último encontra pertinência quando, por ilegalidade ou abuso de poder, alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, de modo a lhes ser *comum* a existência de *direito* necessariamente *revestido* de *liquidez* e *certeza*.

Em outras palavras, já do **Superior Tribunal de Justiça**:

“O *habeas corpus* é o remédio constitucional voltado ao combate de *constrangimento ilegal específico*, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, *direito líquido e certo* do cidadão, *com reflexo direto na liberdade de locomoção*” (AgRg no HC 595.701/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 20/10/2020).

Inclusive, como lembra **Heráclito Antônio Mossin**:

“Tendo em vista a natureza do *procedimento em sede de habeas corpus*, elevado à categoria de *sumaríssimo*, aliado a seus requisitos basilares consistentes no *direito líquido (translúcido)* e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

certo (*inquestionável*), não se admite em seu campo *dilação probatória* ou *cotejo analítico dos elementos de prova*” (Habeas Corpus, 9ª ed., Manole, 2013).

Pois bem.

O *habeas corpus* impetrado não comporta acolhimento, porquanto inexistentes as alegadas inconstitucionalidade e inconvenção.

Com efeito, preconiza a Constituição da República que “o preso *será* informado *de seus direitos*, entre os quais o *de permanecer calado*, sendo-lhe assegurada a assistência da família e *de advogado*” (art. 5º, LXIII).

Portanto, assente-se, por primeiro, que inexistente *obrigação ao silêncio*.

Ora, ao prever a confissão formal e circunstanciada da prática infracional, o *acordo* de não persecução penal [art. 28-A do CPP, com redação dada pelo Pacote Anticrime (Lei nº13.964/19)] *não transgride a referida garantia constitucional*, de não se produzir prova contra si mesmo [disciplinada também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), artigo 8º, II, “g”], na medida em que o averiguado *não é obrigado* a assim proceder. *Muito pelo contrário*. Trata-se apenas de uma das *condições* para a entabulação de uma avença que, *como todo negócio jurídico dessa natureza*, consubstancia-se numa *convergência de vontades* entre ele e o Ministério Público, *dominus litis* [arts.100, §1º (do CP: “A ação *pública* é promovida *pelo Ministério Público...*”) e 129, I (da CF: “*São funções institucionais do Ministério Público*: I -



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

promover, *privativamente*, a ação penal *pública*, na *forma da lei*”)].

É dizer, se o averiguado, *acompanhado* de seu advogado, *não concordar* com tal *condição*, o *acordo* não se aperfeiçoará.

Cuida-se de nova *possibilidade* de *acordo* que não guarda relação direta com outras formas despenalizadoras e por isso *não pode ser com elas confundido* (como, *verbi gratia*, composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo da Lei nº 9.099/95, da colaboração premiada da Lei nº 12.850/13), porquanto conta com contornos normativos e requisitos *próprios*, limitando-se a infração penal sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, consubstanciando-se na *possibilidade* de um negócio jurídico onde o investigado, sem direito subjetivo à benesse legal, não é obrigado a confessar (se, acompanhado de seu advogado, *livremente não concordar com tal condição*, o acordo não se aperfeiçoará).

A propósito, esse benefício “*consiste* em um negócio jurídico *pré-processual* entre o Ministério Público *e* o investigado, *juntamente com seu defensor*, como *alternativa* à propositura de ação penal para certos tipos de crimes, principalmente no momento presente, em que se faz necessária a otimização dos recursos públicos. Com efeito, *o membro do Ministério Público*, ao se deparar com os autos de um inquérito policial, a par de verificar a existência de indícios de autoria e materialidade, deverá ainda analisar o *preenchimento* dos *requisitos autorizadores* da celebração *do ANPP*, os quais estão *expressamente* previstos *no Código de Processo Penal*: 1) *confissão formal e circunstancial*; 2) infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; e 3) que a medida seja necessária e suficiente para reprovação e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

prevenção do crime” (Superior Tribunal de Justiça, HC 612449 – SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 11/09/2020).

A se pensar de forma contrária, o *nemo tenetur se detegere* conspurcaria até mesmo a *confissão* espontânea da autoria do crime perante a autoridade, que, ocorrendo, implica *atenuação penal* (art. 65, III, d, do CP), não deixando de ser, assim, *mesmo que implicitamente*, um *ajuste legal* entre *o réu e o Estado* — *possibilitando*, também daí, eventuais *ressarcimentos* cíveis a outrem, como vítimas ou seus sucessores.

Nesse exemplo, tanto um (acordo de não persecução penal com possibilidade de *extinção da punibilidade* pelo correspondente cumprimento: art. 28-A, §13, do CPP) como outra (confissão espontânea perante a autoridade *com atenuação da pena*) constituem *matéria de política criminal*, considerada pelo Poder *próprio* (*Legislativo*), a quem cabe, na sua tarefa de satisfação do interesse público, definir/atualizar as leis processuais e penais, de maneira a não competir ao Poder Judiciário interferir nessas *opções*, tampouco, com base no princípio da razoabilidade, *substituir* o Poder Legislativo (neste sentido, *mutatis mutandis*, o **Supremo Tribunal Federal** *in* RE 1194133, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. em 25/03/2019, e RE 1291306 AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, j. em 26/10/2020).

Inclusive, o *acordo de não persecução penal* é de iniciativa do *Parquet* (art. 28-A, CPP), *não* se podendo cogitar de *direito subjetivo* do indiciado, como já considerado pelo **Superior Tribunal de Justiça**:

“O *acordo* de persecução penal *não* constitui



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

direito subjetivo do investigado, *podendo* ser proposto pelo MP *conforme as peculiaridades do caso concreto* e *quando* considerado *necessário* e *suficiente* para a *reprovação* e a *prevenção* da infração penal" (*in* AgRg no RHC 130.587/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2020).

Aliás, essa mesma Corte Superior já consignou:

“Apesar da *superveniência* de norma em tese *mais benéfica* ao agente (*art. 28-A do CPP*), a eventual aplicação do *acordo* de não persecução penal *pressupõe* o *reconhecimento* da atenuante *da confissão*, o que não ocorreu nos autos” (RE no AgRg nos EDcl no REsp 1858428/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, julgado em 21/09/2020).

Mais especificamente, em pedido de instauração de incidente de *arguição de inconstitucionalidade, mutatis mutandis*:

“Aduziu, em síntese, que a *confissão formal e circunstanciada* da prática delitiva, condição prevista no *art. 28-A do CPP*, é *incompatível* com o *princípio da dignidade da pessoa humana*, o *direito de proteção à intimidade* e o *direito à não autoincriminação* (arts.1º, III, e 5º, X e LXIII, da Constituição Federal de 1988) [...]

O pedido, *no entanto*, não merece seguimento.

Ora, as *leis e atos oriundos do Poder Legislativo* ostentam *presunção de constitucionalidade*. Com efeito, o incidente de arguição de inconstitucionalidade (art. 948 do CPC) *só* deve



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

ser instaurado quando *plausível* a alegada *desconformidade* da *norma questionada* com a *ordem constitucional vigente*. [...]

No caso dos autos, não há *nenhuma inclinação* desta *Corte Superior de Justiça* em *reconhecer a aventada inconstitucionalidade*; *ao contrário*, há precedentes *recentes* que têm *aplicado* a norma em comento, inclusive *exigindo* o *requisito* (confissão *formal* e *circunstanciada*) tido *pele requerente como inconstitucional*” (PET no AgRg no Agr em REsp 1592070 – RN, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, julgado em 12/03/2021).

Igualmente, o **Guardião da Constituição da República (CF, art.102)**, *sem nada apontar sobre a inconstitucionalidade ventilada*, já sufragou:

“As *condições* descritas *em lei* são *requisitos necessários* para o oferecimento do *acordo de não persecução penal*, porém não suficientes para concretizá-lo, pois mesmo que presentes, *poderá* o Ministério Público entender que, *na hipótese específica*, o acordo de não persecução penal não se mostra *necessário e suficiente* para a reprovação e prevenção do crime. *Repito*, trata-se de importante *instrumento de política criminal* dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro, *não constituindo direito subjetivo* do acusado” (HC 191124, Relator Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 25/02/2021).

Na doutrina, **Renato Brasileiro de Lima**:

“Essa *confissão* constitui a *contribuição* que *o investigado* faz à investigação criminal e eventual futuro processo penal (em caso *de descumprimento* das condições pactuadas). *Desde que o*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

investigado seja formalmente advertido quanto ao direito de não produzir prova contra si mesmo e não seja constrangido a celebrar o acordo, parece não haver *nenhuma incompatibilidade* entre esta primeira obrigação do investigado, prevista no art. 28-A, caput, do CPP, e o *direito ao silêncio* (CF, art. 5º, LXIII). Ora, como *não* há *dever* ao *silêncio*, todo e qualquer investigado (ou acusado) pode *voluntariamente* confessar os fatos que lhe são imputados. Nessas condições, *cabe ao próprio indivíduo decidir*, livre e assistido pela *defesa técnica*, se tem (ou não) *interesse* em celebrar o acordo de não-persecução penal” (Manual de Processo Penal, volume único, 8ª ed., JusPodivm, 2020).

Destarte, o requisito da *confissão*, em casos que tais, afigura-se como *condição indispensável* ao benefício do artigo 28-A do Código de Ritos (*STF*, HC 183224 MC / SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgamento em 05/06/2020), sem qualquer ofensa a algum princípio de ordem constitucional, tampouco ao *due process of law* (art. 5º, LIV, da CF).

Inclusive, no *Pretório Excelso* existe a *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.345* em *andamento*, versando também sobre esse acordo de não *persecutio criminis in iudicio*.

De qualquer forma, já *recebida* a denúncia (fls.80/82), resulta prejudicado o benefício *in casu*.

Neste entendimento, o **STJ**:

“A jurisprudência da Quinta Turma deste Tribunal Superior se consolidou no sentido de que a referida benesse legal é cabível *durante a fase inquisitiva* da persecução penal, sendo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

limitada até o recebimento da denúncia” (Recurso Especial Nº 1912312 – PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 04/03/2021).

Aliás, a letra da lei é clara neste sentido:

“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”.

Nessa contextura, não se vislumbrando *direito líquido e certo* na espécie, o indeferimento do *writ* se impõe.

Ante todo o exposto, **CONHEÇO** e **DENEGO** a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

ADILSON PAUKOSKI SIMONI

Relator