



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 657165 - RJ (2021/0097651-5)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
MARILIA DE ABREU QUARESMA LEITAO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : GERSON BRENO VIANA ROSA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PODER-DEVER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE CONFISSÃO NO INQUÉRITO POLICIAL. NÃO IMPEDIMENTO. REMESSA DOS AUTOS À PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. INTELIGÊNCIA DO ART. 28-A, § 14, DO CPP. NECESSIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O acordo de não persecução penal, de modo semelhante ao que ocorre com a transação penal ou com a suspensão condicional do processo, introduziu, no sistema processual, mais uma forma de justiça penal negociada. Se, por um lado, não se trata de direito subjetivo do réu, por outro, também não é mera faculdade a ser exercida ao alvedrio do *Parquet*. O ANPP é um poder-dever do Ministério Público, negócio jurídico pré-processual entre o órgão (consoante sua discricionariedade regrada) e o averiguado, com o fim de evitar a judicialização criminal, e que culmina na assunção de obrigações por ajuste voluntário entre os envolvidos. Como poder-dever, portanto, observa o princípio da

supremacia do interesse-público – consistente na criação de mais um instituto despenalizador em prol da otimização do sistema de justiça criminal – e não pode ser renunciado, tampouco deixar de ser exercido sem fundamentação idônea, pautada pelas balizas legais estabelecidas no art. 28-A do CPP.

2. A ausência de confissão, como requisito objetivo, ao menos em tese, pode ser aferida pelo Juiz de direito para negar a remessa dos autos à PGJ nos termos do art. 28, § 14, do CPP. Todavia, ao exigir a existência de confissão formal e circunstanciada do crime, o novel art. 28-A do CPP não impõe que tal ato ocorra necessariamente no inquérito, sobretudo quando não consta que o acusado – o qual estava desacompanhado de defesa técnica e ficou em silêncio ao ser interrogado perante a autoridade policial – haja sido informado sobre a possibilidade de celebrar a avença com o *Parquet* caso admitisse a prática da conduta apurada.

3. Não há como simplesmente considerar ausente o requisito objetivo da confissão sem que, no mínimo, o investigado tenha ciência sobre a existência do novo instituto legal (ANPP) e possa, uma vez equilibrada a assimetria técnico-informacional, refletir sobre o custo-benefício da proposta, razão pela qual “o fato de o investigado não ter confessado na fase investigatória, obviamente, não quer significar o descabimento do acordo de não persecução” (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote Anticrime). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 112).

4. É também nessa linha o Enunciado n. 13, aprovado durante a I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do CJF/STJ: “A inexistência de confissão do investigado antes da formação da *opinio delicti* do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal”.

5. A exigência de que a confissão ocorra no inquérito para que o Ministério Público ofereça o acordo de não persecução penal traz, ainda, alguns inconvenientes que evidenciam a impossibilidade de se obrigar

que ela aconteça necessariamente naquele momento. Deveras, além de, na enorme maioria dos casos, o investigado ser ouvido pela autoridade policial sem a presença de defesa técnica e sem que tenha conhecimento sobre a existência do benefício legal, não há como ele saber, já naquela oportunidade, se o representante do Ministério Público efetivamente oferecerá a proposta de ANPP ao receber o inquérito relatado. Isso poderia levar a uma autoincriminação antecipada realizada apenas com base na esperança de ser agraciado com o acordo, o qual poderá não ser oferecido pela ausência, por exemplo, de requisitos subjetivos a serem avaliados pelo membro do *Parquet*.

6. No caso, porque foi negada a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça (art. 28-A, § 14, do CPP) pela mera ausência de confissão do réu no inquérito, oportunidade em que ele estava desacompanhado de defesa técnica, ficou em silêncio e não tinha conhecimento sobre a possibilidade de eventualmente vir a receber a proposta de acordo, a concessão da ordem é medida que se impõe.

7. Ordem concedida, para anular a decisão que recusou a remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça – bem como todos os atos processuais a ela posteriores – e determinar que os autos sejam remetidos à instância revisora do Ministério Público nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP e a tramitação do processo fique suspensa até a apreciação da matéria pela referida instituição.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conceder o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de agosto de 2022.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 657165 - RJ (2021/0097651-5)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
MARILIA DE ABREU QUARESMA LEITAO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : GERSON BRENO VIANA ROSA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PODER-DEVER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE CONFISSÃO NO INQUÉRITO POLICIAL. NÃO IMPEDIMENTO. REMESSA DOS AUTOS À PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. INTELIGÊNCIA DO ART. 28-A, § 14, DO CPP. NECESSIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O acordo de não persecução penal, de modo semelhante ao que ocorre com a transação penal ou com a suspensão condicional do processo, introduziu, no sistema processual, mais uma forma de justiça penal negociada. Se, por um lado, não se trata de direito subjetivo do réu, por outro, também não é mera faculdade a ser exercida ao alvedrio do *Parquet*. O ANPP é um poder-dever do Ministério Público, negócio jurídico pré-processual entre o órgão (consoante sua discricionariedade regrada) e o averiguado, com o fim de evitar a judicialização criminal, e que culmina na assunção de obrigações por ajuste voluntário entre os envolvidos. Como poder-dever, portanto, observa o princípio da

supremacia do interesse-público – consistente na criação de mais um instituto despenalizador em prol da otimização do sistema de justiça criminal – e não pode ser renunciado, tampouco deixar de ser exercido sem fundamentação idônea, pautada pelas balizas legais estabelecidas no art. 28-A do CPP.

2. A ausência de confissão, como requisito objetivo, ao menos em tese, pode ser aferida pelo Juiz de direito para negar a remessa dos autos à PGJ nos termos do art. 28, § 14, do CPP. Todavia, ao exigir a existência de confissão formal e circunstanciada do crime, o novel art. 28-A do CPP não impõe que tal ato ocorra necessariamente no inquérito, sobretudo quando não consta que o acusado – o qual estava desacompanhado de defesa técnica e ficou em silêncio ao ser interrogado perante a autoridade policial – haja sido informado sobre a possibilidade de celebrar a avença com o *Parquet* caso admitisse a prática da conduta apurada.

3. Não há como simplesmente considerar ausente o requisito objetivo da confissão sem que, no mínimo, o investigado tenha ciência sobre a existência do novo instituto legal (ANPP) e possa, uma vez equilibrada a assimetria técnico-informacional, refletir sobre o custo-benefício da proposta, razão pela qual “o fato de o investigado não ter confessado na fase investigatória, obviamente, não quer significar o descabimento do acordo de não persecução” (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote Anticrime). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 112).

4. É também nessa linha o Enunciado n. 13, aprovado durante a I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do CJF/STJ: “A inexistência de confissão do investigado antes da formação da *opinio delicti* do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal”.

5. A exigência de que a confissão ocorra no inquérito para que o Ministério Público ofereça o acordo de não persecução penal traz, ainda, alguns inconvenientes que evidenciam a impossibilidade de se obrigar

que ela aconteça necessariamente naquele momento. Deveras, além de, na enorme maioria dos casos, o investigado ser ouvido pela autoridade policial sem a presença de defesa técnica e sem que tenha conhecimento sobre a existência do benefício legal, não há como ele saber, já naquela oportunidade, se o representante do Ministério Público efetivamente oferecerá a proposta de ANPP ao receber o inquérito relatado. Isso poderia levar a uma autoincriminação antecipada realizada apenas com base na esperança de ser agraciado com o acordo, o qual poderá não ser oferecido pela ausência, por exemplo, de requisitos subjetivos a serem avaliados pelo membro do *Parquet*.

6. No caso, porque foi negada a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça (art. 28-A, § 14, do CPP) pela mera ausência de confissão do réu no inquérito, oportunidade em que ele estava desacompanhado de defesa técnica, ficou em silêncio e não tinha conhecimento sobre a possibilidade de eventualmente vir a receber a proposta de acordo, a concessão da ordem é medida que se impõe.

7. Ordem concedida, para anular a decisão que recusou a remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça – bem como todos os atos processuais a ela posteriores – e determinar que os autos sejam remetidos à instância revisora do Ministério Público nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP e a tramitação do processo fique suspensa até a apreciação da matéria pela referida instituição.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

GERSON BRENO VIANA ROSA alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro** que denegou a ordem no HC n. 0006724-83.2021.8.19.0000.

Consta dos autos que o réu foi denunciado, em 28/3/2020, pela prática, em tese, do crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas, oportunidade em que o Ministério Público deixou de oferecer-lhe acordo de não persecução penal sob o

argumento de que o paciente não haveria confessado o delito no inquérito policial.

A defesa aduz que, diante de tal negativa, requereu a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça para reanálise da oferta, com base no que dispõe o § 14 do art. 28-A do CPP, mas teve seu pedido indeferido pelo Juízo singular por não haver sido preenchido o requisito legal objetivo da confissão, o que foi mantido pelo Tribunal *a quo* no julgamento do habeas corpus lá impetrado.

Afirma, nesse sentido, ser ilegal a conduta do Magistrado, uma vez que o acusado, perante a autoridade policial, ficou em silêncio e não foi informado sobre a possibilidade de celebrar ANPP em caso de confissão.

Sustenta que “O entendimento do membro do Parquet, abarcado pelas instâncias ordinárias do Poder Judiciário, voltado à exigência de que a confissão deve ser apresentada em sede policial, sob pena de não incidência do ANPP contraria orientações e a própria normativa correlata elaborada no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro” (fl. 7), pois “no ‘FLUXO DO ANPP’, documento elaborado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, consta advertência no sentido de que ‘a negativa de confissão em sede policial não elide a possibilidade de confissão perante o Ministério Público. Havendo confissão perante o MP e, portanto, preenchido o último requisito objetivo, será celebrado o acordo (Enunciado 03 PGJ/MPRJ)’” (fl. 7).

Argumenta, ainda, que “o legislador, ao exigir a confissão formal e circunstanciada, não externou a necessidade de que ela fosse realizada na fase pré-processual. Como já dito, por configurar-se como um acordo, que pressupõe uma união de vontades, é imprescindível que o acusado, antes de confessar a prática delitiva, seja informado dos benefícios e ônus que terá que suportar ao aceitar a negociação, tornando praticamente impossível, que confesse o crime em sede policial, antes mesmo de ter conhecimento do direito ao ANPP” (fl. 12).

Requer, assim, “a concessão da ordem para que a ação penal permaneça suspensa enquanto os autos são remetidos ao Procurador-Geral de Justiça para avaliar o cabimento do ANPP, decretando, ainda, a nulidade dos autos desde a

decisão em que deveria ter sido determinada a remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça” (fl. 13).

Indeferida a liminar (fls. 128-129), o Ministério Público Federal apresentou parecer **favorável** à concessão da ordem (fls. 135-142).

Em consulta à página eletrônica do Tribunal de origem, verifico que o feito ainda não foi julgado e aguarda a realização de audiência de instrução designada para 23/5/2023.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Acordo de não persecução penal

Informam os autos que o réu foi denunciado, em 28/3/2020, pela prática, em tese, do crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas, oportunidade em que o Ministério Público deixou de oferecer acordo de não persecução penal sob o argumento de que o paciente não haveria confessado o delito no inquérito policial.

O Juiz de direito, ao rejeitar o pedido defensivo, afirmou que “Assiste inteira razão a promoção ministerial retro, posto que ausente um requisito legal objetivo que se exige, a saber, a confissão. Ademais, conforme mencionado pelo parquet, trata-se de uma faculdade do Ministério Público, não se tratando de um direito subjetivo do acusado. Dessa forma, indefiro o pedido de fls.137/153” (fl. 101).

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a decisão ao argumento de que “o paciente não confessou a prática do crime em sede policial, não preenchendo um dos requisitos para o oferecimento do benefício em questão, o que torna ineficaz a remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça, ante a inviabilidade de formulação do acordo” (fl. 122).

A controvérsia reside na correta interpretação a ser dada à nova

disposição contida no art. 28-A do CPP e em seu § 14, introduzidos pela Lei n. 13.964/ 2019, com a seguinte redação:

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.

[...]

§ 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.

O acordo de não persecução penal, de modo semelhante ao que ocorre com a **transação penal** ou com a **suspensão condicional do processo**, introduziu, no sistema processual, **mais uma forma de justiça penal negociada**.

Há diferenças substanciais, porém, entre tais institutos. A principal delas, a meu sentir, reside no fato de que, enquanto na **transação penal o acordo é de cumprimento de penas** (não privativas de liberdade) e no *sursis* processual já há um **processo instaurado, no acordo de não persecução penal (ANPP) se acerta o cumprimento de condições** (funcionalmente equivalentes a penas). Além disso, ao contrário do que se dá em relação aos dois outros institutos, o **ANPP pressupõe**, como requisito de sua celebração, prévia **confissão** do crime por parte do investigado.

O instituto se revela como **uma maneira consensual de alcançar resposta penal mais célere** ao comportamento criminoso, por meio da mitigação da obrigatoriedade da ação penal, com inexorável redução das demandas judiciais criminais.

Não foi feito com o propósito específico de beneficiar o réu – como se daria em caso de norma redutora da punibilidade ou concessiva de benefício penal –, **mas para beneficiar a justiça criminal em sua integralidade, compreendidos, é certo, também os interesses dos investigados**.

Na verdade, o novel instituto traz **benefícios tanto ao investigado quanto ao Estado**, visto que ambos renunciam a direitos ou pretensões em troca de alguma vantagem: o Estado renuncia a obter uma condenação penal, em troca de antecipação e certeza da resposta punitiva; o réu renuncia a provar sua inocência, mediante o devido processo legal (com possibilidade de ampla defesa, contraditório e direitos outros, como o direito ao duplo grau de jurisdição), em troca de evitar o processo, suas cerimônias degradantes e a eventual sujeição a uma pena privativa de liberdade.

De fato, essa solução **negociada de processos acaba por implicar, de modo positivo, a efetividade de diversos princípios ou vetores processuais** (v.g. celeridade, economia, eficiência e proporcionalidade), ainda que com sacrifício de outros (busca da verdade, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa).

No caso, o Ministério Público se recusou a oferecer proposta de ANPP ao acusado sob o fundamento de que ele não confessou a prática do crime quando ouvido perante a autoridade policial.

A defesa sustenta, de outra parte, que o réu se limitou a exercer seu direito constitucional ao silêncio e, em nenhum momento, ele foi cientificado quanto à possibilidade de fazer jus à benesse legal caso confessasse a conduta.

Entendo assistir razão à defesa, pelos fundamentos que passo a expor.

De início, é importante salientar que, ao contrário do afirmado pelo Juiz de direito, o oferecimento de acordo de não persecução penal não consiste em uma “mera faculdade do Ministério Público” (fl. 60).

Realmente, é consolidado neste Superior Tribunal o entendimento de que não há direito subjetivo do réu aos mecanismos de justiça penal consensual, tais como a suspensão condicional do processo, a transação penal e, no que interessa para o caso, o acordo de não persecução penal. Ilustrativamente: “A Proposta de suspensão condicional do processo não se trata de direito subjetivo do réu, mas de poder-dever do titular da ação penal, a quem compete, com exclusividade, sopesar

a possibilidade de aplicação do instituto consensual de processo, apresentando fundamentação para tanto” (AgRg no HC n. 654.617/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 11/10/2021).

Todavia, se, por um lado, não se trata de direito subjetivo do réu, por outro, também **não é mera faculdade a ser exercida ao alvedrio do Parquet**. O ANPP é um **poder-dever** do Ministério Público, negócio jurídico pré-processual entre o órgão (consoante sua discricionariedade **regrada**) e o averiguado, com o fim de evitar a judicialização criminal, e que culmina na assunção de obrigações por ajuste voluntário entre os envolvidos.

Como poder-dever, portanto, observa o princípio da supremacia do interesse-público – consistente na criação de mais um instituto despenalizador em prol da otimização do sistema de justiça criminal – e **não pode ser renunciado, tampouco deixar de ser exercido sem fundamentação idônea**, pautada pelas balizas legais estabelecidas no art. 28-A do CPP.

Sobre o conceito de poder-dever, convém lembrar a lição clássica da doutrina administrativista:

Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. **Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado.**

[...]

Embora o vocábulo poder dê a impressão de que se trata de faculdade da Administração, na realidade trata-se de poder-dever, já que reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade; os poderes são, pois, irrenunciáveis.

(DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2014, p. 67-68 e 90, grifei)

Bandeira de Mello, aliás, prefere a expressão **dever-poder**, em vez de poder-dever, justamente por enfatizar que se trata muito mais de uma competência atribuída ao ente exclusivamente para que possa cumprir a finalidade instituída em lei do que uma opção a ser exercida ao bel-prazer de seu titular. Confira-se:

Costuma-se dizer — insatisfatoriamente, aliás — que competências são uma demarcação de poderes, um feixe de poderes ou um círculo de poderes. Esta forma de expressar é imprópria e escamoteia a verdadeira natureza das competências. **Com efeito, inobstante os poderes que elas exprimem sejam, efetivamente, seu lado mais aparente, antes que poderes as competências são deveres**, o que é particularmente visível no caso das competências administrativas. **Na verdade, elas são deveres-poderes, expressão, esta, que descreve melhor suas naturezas do que a expressão poder-dever**, que começou a ser utilizada, algumas vezes, no Direito Administrativo, a partir de lições de Santi Romano. **É que ditas competências são atribuídas ao Estado, a seus órgãos, e, pois, aos agentes neles investidos, especificamente para que possam atender a certas finalidades públicas consagradas em lei**; isto é, para que possam cumprir o dever legal de suprir interesses concebidos em proveito da coletividade.

Deveras, na esfera do Direito Público os poderes assinados ao sujeito não se apresentam como situações subjetivas a serem consideradas apenas pelo ângulo ativo. É que, encartados no exercício de funções, implicam dever de atuar no interesse alheio — o do corpo social —, compondo, portanto, uma situação de sujeição. Vale dizer, os titulares destas situações subjetivas recebem suas competências para as exercerem em prol de um terceiro: a coletividade que representam.

Então, posto que as competências lhes são outorgadas única e exclusivamente para atender à finalidade em vista da qual foram instituídas, ou seja, para cumprir o interesse público que preside sua instituição, resulta que se lhes propõe uma situação de dever: o de prover àquele interesse.

Destarte, **ditos poderes têm caráter meramente instrumental; são meios à falta dos quais restaria impossível, para o sujeito, desempenhar-se do dever de cumprir o interesse público, que é, a final, o próprio objetivo visado e a razão mesma pela qual foi investido nos poderes atribuídos. O que a ordem jurídica pretende, então, não é que um dado sujeito desfrute de um poder, mas que possa realizar uma certa finalidade, proposta a ele como encargo do qual tem de se desincumbir**. Como, para fazê-lo, é imprescindível que desfrute de poderes, estes são outorgados sob o signo assinalado. Então, o poder, na competência, é a vicissitude de um dever. **Por isto é que é necessário colocar em realce a idéia de dever — e não a de poder —, já que este último tem caráter meramente ancilar; prestante para realizar-se o fim a que se destinam as**

competências: satisfazer interesses (consagrados em lei) públicos, ou seja, interesses dos cidadãos considerados “enquanto conjunto”, em perspectiva coletiva, é dizer, como Sociedade.

Em suma: **nem o Estado nem, portanto, seus órgãos e agentes dispõem de competências para auto-satisfação.** Estas, no Estado de Direito — onde “todo o poder emana do povo” (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal) e no qual se proclama que a “cidadania” é um de seus fundamentos (art. 1º, II, da Constituição Federal) —, obviamente não são instituídas em favor de quem as titularize, mas para que sirvam a determinados objetivos estabelecidos no interesse de todos (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 142-143, destaquei).

Destarte, é sob o prisma do poder-dever (ou melhor, do **dever-poder**), e não da mera faculdade, que deve ser analisada a recusa do órgão ministerial.

II. Ausência de confissão no inquérito policial

Feitas essas considerações preliminares, passo a examinar o fundamento usado pelo Promotor de Justiça em primeiro grau para não ofertar proposta de ANPP ao réu, o qual foi acolhido pelo Juiz de direito para deixar de remeter os autos à instância revisora do Ministério Público: **a ausência de confissão do réu no inquérito policial.**

Não ignoro, naturalmente, que o entendimento desta Corte Superior de que o simples requerimento de remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça, “**por si só, não impõe ao Juízo de primeiro grau a remessa automática do processo ao órgão máximo do Ministério Público,** considerando-se que o controle do Poder Judiciário quanto à remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público deve se limitar a questões relacionadas aos requisitos objetivos, não sendo legítimo o exame do mérito a fim de impedir a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público” (HC n. 668.520/SP, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 16/8/2021, grifei).

Com efeito, se for evidente a ausência de algum dos requisitos **objetivos** para a celebração do acordo, não há necessidade de que sejam remetidos os autos à instância revisora do Ministério Público, o que apenas serviria para atrasar a

marcha processual e sobrecarregar aquela instituição. Basta imaginar, por exemplo, a hipótese de crime de latrocínio, cuja pena mínima supera em muito o limite de quatro anos e ainda é cometido com violência. Não seria razoável, nesse caso, pelo mero requerimento da defesa, encaminhar o feito à Procuradoria-Geral de Justiça para reafirmar o nítido descabimento do acordo.

Nessa perspectiva, a ausência de confissão, como requisito objetivo, **ao menos em tese**, pode ser aferida pelo Juiz de direito para negar a remessa dos autos à PGJ nos termos do art. 28, § 14, do CPP.

Faço lembrar, contudo, que, **ao exigir a existência de confissão formal e circunstanciada do crime, o novel art. 28-A do CPP não impõe que tal ato ocorra necessariamente no inquérito**, sobretudo quando não consta que o acusado – o qual estava desacompanhado de defesa técnica e ficou em silêncio ao ser interrogado perante a autoridade policial – haja sido informado sobre a possibilidade de celebrar a avença com o *Parquet* caso admitisse a prática da conduta apurada.

Não há como simplesmente considerar ausente o requisito objetivo da confissão sem que, no mínimo, o investigado tenha ciência sobre a existência do novo instituto legal (ANPP) e possa, uma vez equilibrada a assimetria técnico-informacional, refletir sobre o custo-benefício da proposta, razão pela qual “o fato de o investigado não ter confessado na fase investigatória, obviamente, não quer significar o descabimento do acordo de não persecução” (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote Anticrime)*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 112).

Tal entendimento é compartilhado por Sandro Carvalho, membro do Ministério Público do Rio de Janeiro, para quem

O fato do investigado não confessar a prática ilícita no inquérito policial não inviabiliza, de plano, o acordo de não persecução penal. Como dito acima, há necessidade de confissão formal do investigado. E essa confissão deve ocorrer na presença do Ministério Público e do defensor do investigado, na audiência extrajudicial designada pelo Ministério Público para a celebração do acordo de não persecução penal. Dessa forma, mesmo que o

investigado tenha negado a prática delituosa no inquérito policial, o membro do Ministério Público, verificando pelos autos que os demais pressupostos e requisitos do ANPP estão presentes no caso concreto, deve designar audiência extrajudicial na sede do Ministério Público para explicar o ANPP ao investigado e seu defensor e esclarecer que o ANPP pressupõe a confissão formal e circunstanciada da prática delituosa, deixando a critério do investigado se deseja confessar – e ter o ANPP – ou manter a negativa da prática já exposta durante o inquérito policial. (CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Algumas questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal, *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 78, out./dez. 2020, p. 247-261, grifei)

É também nessa linha o Enunciado n. 13, aprovado durante a I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do CJF/STJ: “A inexistência de confissão do investigado antes da formação da *opinio delicti* do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal”.

A exigência de que a confissão ocorra no inquérito para que o Ministério Público ofereça o acordo de não persecução penal traz, ainda, alguns inconvenientes que evidenciam a impossibilidade de se obrigar que ela aconteça necessariamente naquele momento.

Deveras, além de, na enorme maioria dos casos, o investigado ser ouvido pela autoridade policial sem a presença de defesa técnica e sem que tenha conhecimento sobre a existência do benefício legal, não há como ele saber, já naquela oportunidade, se o representante do Ministério Público efetivamente oferecerá a proposta de ANPP ao receber o inquérito relatado. Isso poderia levar a uma autoincriminação antecipada realizada apenas com base na esperança de ser agraciado com o acordo, o qual poderá não ser oferecido pela ausência, por exemplo, de requisitos subjetivos a serem avaliados pelo membro do *Parquet*.

A propósito:

A confissão não pode ser exigida de forma prévia ao ANPP, mas sempre de forma posterior, em que o investigado de maneira livre e orientada pelo seu defensor deliberará a respeito da sua manifestação em troca das condições fixadas para celebração do ajuste, a fim de que seja evitado o processo penal e com proveito

tanto para acusação quanto para defesa.

Ou seja, **não há lógica em se exigir do investigado confissão prévia à manifestação do Ministério Público sobre o oferecimento do ANPP, tendo em vista que, naquela etapa ainda preliminar, é impossível saber se efetivamente haverá a proposta do benefício.** Imagine-se, por exemplo, que o Parquet atribua classificação jurídica aos fatos mais gravosa se comparada com aquela dada pela autoridade policial (requisito objetivo) ou, então, entenda que o ANPP é insuficiente para prevenção e reprovação do crime (requisito subjetivo).

Nos dois últimos exemplos, a autoincriminação prévia do investigado em nada interferiria na ponderação acerca da viabilidade do ANPP, servindo apenas como prejuízo à defesa na fase de ação penal e em outras esferas do Direito. Da mesma forma, serviria como instrumento de pressão para que os investigados confessassem práticas criminosas visando a futura proposta de acordo.

(DAGUER, Beatriz, SOARES JÚNIOR, Rafael. *O momento da confissão e o acordo de não persecução penal*, disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2021-set-05/opinioao-momento-confissao-acordo-nao-persecucao-penal#:~:text=A%20confiss%C3%A3o%20n%C3%A3o%20pode,%20ser,pe>

acesso em julho/2022).

Foi nesse sentido, aliás, o parecer do Ministério Público Federal (fls. 135-142, destaquei):

[...]

Ocorre que, ao não determinar a remessa dos autos à instância superior do MP, como determina o § 14, do artigo 28, do CPP, o juiz acabou por, efetivamente, incidir em ilegalidade, que não foi afastada pelo acórdão ora impugnado. Realmente, referido dispositivo legal consagra o sistema acusatório, não cabendo ao juiz decidir se vai ou não obedecê-lo, em determinada circunstância. Segundo a lei, “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.” É, portanto, ao órgão interno superior do Ministério Público (PGJ, Conselho ou Câmara) que cabe a revisão do ato do Promotor de Justiça, que age, ao não oferecer o ANPP, no exercício de sua precípua função de acusação. Não cabe, assim, ao Judiciário – cuja atuação se dá em outro momento – substituir a instância superior do Ministério Público. É a ela, e não ao juiz, que cabe dizer se a recusa no oferecimento do acordo deve ou não prevalecer. Manifesta, assim, a ilegalidade na não remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público do Estado, que merece ser corrigida por meio da concessão da ordem, no ponto.3.2.

Outrossim, o simples fato de o paciente não ter confessado a prática delituosa na fase pré-processual, não obsta que essa confissão venha a ser feita, implementando-se, assim, o

requisito para o acordo.

Ademais, embora o tráfico de drogas seja apenado com pena mínima de 5 anos, verifica-se que o caso, a uma primeira vista, trata do denominado tráfico privilegiado, previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, cuja pena mínima é inferior a 2 anos de reclusão.

No caso, o paciente é primário, com bons antecedentes (fls. 56/59), e não restou comprovada, de forma inequívoca, sua dedicação ao crime ou sua integração com organização criminosa, sendo que foi preso com 45 porções de maconha (77,3 gramas). Além disso, o fato de já se ter iniciado o processamento do feito criminal não é impeditivo do oferecimento do acordo.

Desse modo, **nos termos do art. 28-A, § 14º, do CPP, a hipótese justifica a remessa do feito ao órgão superior do MPRJ, submetendo a recusa do ANPP à revisão da instância competente.** A reforma do acórdão recorrido, portanto, é medida de rigor, uma vez que, de fato, há ilegalidade que merece ser afastada por meio da concessão da ordem de ofício.

Assim, porque foi negada a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça (art. 28-A, § 14, do CPP) pela mera ausência de confissão do réu no inquérito, oportunidade em que ele estava desacompanhado de defesa técnica, ficou em silêncio e não tinha conhecimento sobre a possibilidade de eventualmente vir a receber a proposta de acordo, a concessão da ordem é medida que se impõe.

III. Dispositivo

À vista do exposto, **concedo a ordem**, para anular a decisão que recusou a remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça – bem como todos os atos processuais a ela posteriores – e determinar que os autos sejam remetidos à instância revisora do Ministério Público nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP e a tramitação do processo fique suspensa até a apreciação da matéria pela referida instituição.

Comunique-se, **com urgência**, o inteiro teor desta decisão ao Juízo de primeiro grau e ao Tribunal de origem, para as providências cabíveis.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2021/0097651-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 657.165 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00067248320218190000 345718620198190014 67248320218190000

EM MESA

JULGADO: 09/08/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
MARILIA DE ABREU QUARESMA LEITAO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : GERSON BRENO VIANA ROSA

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. PEDRO CARRIELLO - DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pela parte PACIENTE: GERSON BRENO VIANA ROSA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

 2021/0097651-5 - HC 657165