

O ANPP e o valor probatório da confissão A posição do STJ

Por Rômulo de Andrade Moreira¹

Resumen: *La Sexta Sala del Tribunal Superior de Justicia, en sentencia de Habeas Corpus n.º. 756907/SP, celebrada en la sesión del 13 de septiembre, y con el magistrado Rogerio Schietti Machado Cruz como ponente, resolvió que si la sentencia condenatoria reconoce la autoría penal exclusivamente con base en elementos producidos en la etapa extrajudicial, especialmente en la confesión del imputado realizada en el acuerdo de no acusación penal (ANPP), no confirmada durante la investigación penal, el imputado debe ser absuelto.*

Palabras clave: Tribunal Superior de Justicia - Habeas Corpus - Sentencia condenatoria - Autoría penal - Etapa extrajudicial - Confesión - Acuerdo de no acusación penal - Investigación penal - Imputado

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus n.º. 756907/SP, realizado na sessão do último dia 13 de setembro, e tendo como relator o Ministro Rogerio Schietti Machado Cruz, decidiu que se a sentença condenatória reconheceu a autoria delitiva exclusivamente com lastro em elementos

produzidos na fase extrajudicial, especialmente na confissão do acusado feita no acordo de não persecução penal (ANPP), não confirmada durante a instrução criminal, impõe-se a absolvição do acusado.

Nos termos do voto do relator, “a assunção extrajudicial de culpa no ANPP é similar ao conteúdo de confissão da prática da infração penal perante autoridade policial ou ministerial, somente tendo valor probatório como dado extrajudicial, e somente podendo ser utilizada para subsidiar a denúncia ‘caso exista descumprimento do acordo, levando o Ministério Público a oferecer denúncia’ (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira.

Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote Anticrime). Salvador: JusPodivm, 2020. p. 113).”

Segundo o Ministro Schietti, “por ser uma prova extrajudicial, seria retratável em juízo e não tem standard probatório para, exclusivamente, levar à condenação. Seja qual

for a sua clareza, deve ser confrontada com outros elementos que possam confirmá-la ou contraditá-la, durante a instrução criminal. Se o celebrante do ANPP não figura no polo passivo da ação penal e a confissão formal não pode ser utilizada contra ele (na seara criminal) enquanto não descumprir o ato negocial, com muito mais razão essa prova extrajudicial carece de aptidão probatória para, per se, subsidiar a condenação de coautor do mesmo fato delituoso, atingido pelas declarações.”

Consta, ainda, do voto do relator: “para que declaração do celebrante do ANPP possa respaldar o decreto condenatório é imprescindível sua reprodução em juízo, durante a ação penal, e a constatação de sua

¹ Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador – UNIFACS.

coerência com provas judicializadas, submetidas ao contraditório, de forma a conferir ao réu o direito fundamental de efetiva participação na formação da decisão judicial, em dualidade com o Ministério Público.”

Assim, conclui o relator que, deixando “de ser observada a garantia do ar. 5º, LV, da Constituição Federal, a defesa não pôde refutar a prova produzida contra o acusado durante a confissão extrajudicial que antecedeu o ANPP, não reproduzida ao longo da instrução criminal. O Juiz deixou de assegurar à parte a paridade de tratamento em relação ao Ministério Público. No mais, a sentença faz referência a outros elementos informativos (depoimentos prestados ao Promotor de Justiça e no âmbito de inquérito policial, durante as investigações) que também não possuem valor para formar a convicção judicial, demonstrando-se ofensa ao art. 155 do CPP, e impondo-se a absolvição do paciente nos termos do art. 386, VII, do CPP.”

A decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça foi absolutamente correta e consentânea com o princípio do devido processo legal (e seus consectários), merecendo aplausos e observância como um importante precedente judicial a ser obrigatoriamente seguido, nos termos do art. 315, § 2º, VI, do Código de Processo Penal.

Como se sabe, com a promulgação da Lei nº. 13.964/19, que acrescentou ao Código de Processo Penal o art. 28-A, passamos a ter possibilidade de um acordo de não persecução penal, a ser realizado entre o Ministério Público e o investigado.

Este acordo só poderá ocorrer se não for o caso de arquivamento do procedimento investigatório, pois se não houver justa causa ou faltarem os pressupostos processuais ou as condições para o exercício da ação penal, deve ser promovido o arquivamento, nos termos do art. 28, Código de Processo Penal.² O acordo pode ser feito com qualquer investigado em um procedimento formal de natureza investigatória/criminal³, seja instaurado na Polícia (federal, militar ou civil) ou no próprio Ministério Público; a propósito, observa-se que a palavra utilizada no texto legal é sempre “investigado”, e não “indiciado”.

O pressuposto para a formalização do acordo é que se trate da investigação de uma infração penal (portanto, crime ou contravenção) praticada sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 4 anos. Logo, não se admite tais acordos quando se trate de crime cuja pena mínima seja igual ou superior a 4 anos, ou, ainda que não o seja, tenha sido praticada com violência ou grave ameaça.

Segundo a lei, para aferição da pena mínima serão consideradas as causas de aumento e de diminuição aplicáveis ao caso concreto. Assim, poderá não ser possível a formalização do acordo caso a pena mínima seja de três anos, mas esteja prevista uma causa de aumento de pena de 1/3. Por outro lado, no crime com pena mínima igual ou superior a 4 anos admite-se o acordo, caso haja uma causa de diminuição de pena. Se a

² Sobre o novo procedimento para o arquivamento de peças de informação, veja-se, por todos, o artigo de Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa (<https://www.conjur.com.br/2020-jan-10/limite-penal-procede-arquivamento-modelo>, acessado em 11 de janeiro de 2020).

³ A nova lei também passou a permitir a celebração de acordo de não persecução cível (art. 17, § 1º, da Lei nº. 8.429/92).

causa de aumento de pena é variável (de 1/3 a 2/3, por exemplo), deve-se levar em consideração o “aumento mínimo”, pois é a pena mínima o pressuposto para o acordo. Ao contrário, existindo causa de diminuição de pena variável, aplicar-se-á o maior percentual, ou seja, “a diminuição máxima”.⁴ Em relação às agravantes e às atenuantes, não devem ser levadas em consideração, pois são circunstâncias genéricas, cujo **quantum** não vem estabelecido aprioristicamente pela norma penal.

Além desse pressuposto, a lei exige alguns requisitos para a proposta de acordo, dentre os quais a confissão circunstancial (e não circunstanciada!) do investigado, e que esta confissão seja feita formalmente, ou seja, que esteja expressamente esclarecida nas cláusulas do acordo, que deve ser feito por escrito e na presença do Defensor e do Ministério Público. A lei condiciona a homologação do acordo à realização de uma audiência (que deverá ser, por óbvio, pública e oral) na qual o Juiz deverá verificar a voluntariedade (não é necessária a espontaneidade) da aceitação do acordo, devendo, para isso, ser ouvido o investigado, na presença do seu Defensor; nesta mesma audiência, o Magistrado verificará a sua legalidade, isto é, se está presente o pressuposto, se estão preenchidos os requisitos legais e, finalmente, se as condições acordadas estão conforme a lei.

Esta confissão deve ser feita também circunstancialmente (e não circunstanciadamente!), atentando-se sempre

⁴ **Mutatis mutandis**, veja-se a Súmula 723 do Supremo Tribunal Federal: trata-se da possibilidade de suspensão condicional do processo, cujo pressuposto também é a pena mínima; sendo o caso de continuidade delitiva (que implica em um aumento da pena de 1/6 a 2/3), a Suprema Corte determina a aplicação “do aumento mínimo”; é o mesmo raciocínio.

para que tenha sido feita sem coação de nenhuma natureza, conforme exige o art. 8º., 3, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Se o investigado praticou, supostamente, duas ou mais infrações penais, tendo confessado apenas uma delas, o acordo somente poderá ser feito em relação ao fato admitido, devendo ser oferecida denúncia (caso haja justa causa) no que diz respeito ao outro fato.

Se o investigado confessa a autoria, mas indica fato que lhe favoreça (como, por exemplo, excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, ou mesmo eximentes de pena), não há obstáculo legal para a formalização do acordo. Neste sentido, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a chamada “confissão qualificada” deve ensejar a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal. Ora, se ela serve para atenuar a pena, porque não serviria para admitir o acordo?⁵

Pois bem.

⁵ Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1.198.354/ES. Neste julgado, ficou consignado na ementa que “a jurisprudência do STJ admite que mesmo a confissão dita qualificada enseje a aplicação da atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal.” (Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16/10/2014, DJe 28/10/2014). Também, no mesmo sentido: “Nos moldes da Súmula n. 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha a dela se retratar, quando a manifestação for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que não ocorreu no caso em análise.” (Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Habeas Corpus nº. 626.728/SP, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 25/05/2021, DJe 31/05/2021).

A questão enfrentada na decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça diz respeito à validade jurídica dessa confissão como elemento de prova para fundamentar uma sentença condenatória, caso o investigado, não tendo cumprido o que foi acordado, venha a ser denunciado. A questão não é de fácil solução, pois, nada obstante ter sido uma confissão feita fora dos autos do processo, de toda maneira, foi ratificada perante o Juiz (das Garantias, quando a norma contida no artigo 3º.-B do CPP tiver eficácia), numa audiência pública, oral, na presença do Defensor (constituído, dativo ou Público) e do membro do Ministério Público.

Nada obstante, entende-se que, não tendo havido ainda (quando foi feita a confissão) uma acusação formal, tampouco instrução criminal, não pode aquela confissão, em nenhuma hipótese, servir de base para uma sentença condenatória.

Em outras palavras: caso o investigado tenha confessado para fins do acordo, ainda que formal e circunstancialmente (ratificando-a na audiência prévia), mas, posteriormente, quando interrogado na audiência de instrução e julgamento, não confirmou a confissão, o Juiz não poderá utilizar aquela confissão anterior como supedâneo para uma sentença condenatória; afinal, a confissão não foi realizada no bojo de uma ação penal. Aliás, como se sabe, nem mesmo a confissão feita durante o

interrogatório é prova inofismável e irrefutável da autoria do crime.⁶

Ademais, conforme já referido, quem tem competência para a homologação do acordo é o Juiz das Garantias (art. 3º.-B, XVII, Código de Processo Penal, ainda com a sua eficácia suspensa por liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux) e, conforme estabelece o art. 3º.-C, § 3º. (idem), os autos que compõem as matérias de competência do Juiz das Garantias não são apensados aos autos do processo enviados ao Juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas não repetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado. Tais autos ficarão acautelados na secretaria do Juízo das Garantias à disposição do Ministério Público e da Defesa.

⁶ A propósito, um levantamento feito nos EUA pelo **Innocence Project** “revelou que, de todos os prisioneiros libertados nos últimos anos com base em provas de DNA, 25% foram presos porque se incriminaram, fizeram confissões por escrito ou gravadas em fita cassete à polícia ou se declararam culpados. Estudos de casos mostram que essas confissões não derivaram de conhecimento dos réus sobre o caso, mas foram motivadas por influências externas” (Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-set-08/instituicao-estuda-porque-pessoas-confessam-crimes-nao-cometeram>. Acesso em 19 de janeiro de 2018.