

Nicolai e Ferreira: O valor das confissões no ANPP

Com o advento do chamado Pacote Anticrime, o Direito Processual brasileiro passou a contar com um novo instrumento de Justiça consensual: o acordo de não persecução penal (ANPP). Como indica a própria nomenclatura, trata-se de uma composição entre o Ministério Público e o investigado (assistido por seu defensor) disponibilizada para hipóteses de infração penal cometidas sem violência ou grave ameaça apenadas com pena mínima inferior a quatro anos. Nesses casos, no lugar do oferecimento de uma acusação formal pelo órgão ministerial, são ajustadas condições/obrigações [1] para cumprimento pelo investigado, desde que suficientes para reprovação e prevenção do crime, em troca de sua confissão



Assim, há uma assunção de responsabilidade —

sem haver, contudo, reconhecimento de culpa (a não ser em sua dimensão moral), dado que esta pressuporia o devido processo penal —, com a aceitação de cumprimento de condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato imputável. A dádiva central emanada do pacto é, por óbvio, a não mácula dos antecedentes do investigado, além da não submissão do sujeito à "pena de banquillo" [2].

A legislação, no entanto, obsta a composição em alguns casos, como quando o investigado é reincidente ou há elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional (exceto infrações penais pretéritas insignificantes) ou se o agente tiver sido beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração com acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo [3].

As condições impostas pela lei propiciam que, em casos de coparticipação, possa haver dissonância de procedimentos entre os coautores [4]. É que, enquanto para os corréus que preenchem todos os requisitos (objetivos e subjetivos) necessários à consagração do acordo, este será celebrado — e, com o cumprimento das condições, extinta a sua punibilidade —, para os corréus reincidentes ou considerados habituais ou profissionais, assim como para aqueles agraciados nos cinco anos antecedentes com alguma benesse de ordem processual-penal, será oferecida denúncia e contra eles, possivelmente, despontará uma ação penal.



A situação já tem sido observada na prática. Em que pese, a princípio, não se pareça vislumbrar problemas na disparidade de procedimentos, a verdade é que, o momento atual, tem proporcionado alguns exemplos do uso ilegítimo de tais ajustes para fins não autorizados em lei.

Com efeito, tais pactos de não continuidade processual penal — assim como os acordos de colaboração premiada —, nos termos da legislação (artigo 3º-B, inciso XVII, do CPP), deveriam ser homologados pelo juiz das garantias, membro do Poder Judiciário responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais. Ocorre que, por ocasião de decisão proferida, pelo ministro Luiz Fux em sede de liminar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, foi determinada a suspensão da implementação do juiz das garantias até que a decisão seja referendada no plenário da Suprema Corte.

Por outro lado, a despeito da previsão legal sobre o momento processual ser prévio ao oferecimento da denúncia, a norma do artigo 28-A igualmente se aplica às ações penais já em curso, uma vez que possui natureza híbrida [5], na medida em que o seu §13º dispõe sobre efeitos penais, ao apregoar o cumprimento do ajuste como uma autêntica causa extintiva da punibilidade. Assim sendo, certo é que *"o ANPP adquiriu natureza mista de norma processual e norma penal, devendo retroagir para beneficiar o agente (artigo 5º, XL, CF) já que é algo mais benéfico do que uma possível condenação criminal. Deve, pois, aplicar-se a todos os processos em curso"* [6]. Precisamente por isso, torna-se de rigor a sua retroatividade, nos termos do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, consoante o qual *"a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu"*.

Em harmonia a esse entendimento, observa-se a formalização de diversos acordos, não apenas prévios ao oferecimento de denúncia, mas já com esta oferecida, e até mesmo pós-instrução ou sentença, mas sempre antes do trânsito em julgado.

Nesse sentido, é de se destacar que cada um desses procedimentos tem sido desenrolado de modo particular, à sua própria forma, por suas partes. A discrepância entre eles já se inicia no entendimento sobre pontos centrais do acordo, a começar pelo formato da mencionada "confissão formal e circunstancial".

Seria essa confissão uma declaração de vontade de adesão ao acordo assumindo, genericamente, os fatos narrados no inquérito ou na investigação privada como verídicos e, portanto, nada mais seria do que uma confissão ficta? Nos parece que sim, mormente se efetuada a leitura do *caput* em conjunto com o conteúdo do §4º, segundo o qual *"a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade"*.



Ou seria, pelo contrário, um relato detalhado sobre todas as circunstâncias? Pois bem. Ressalte-se que, quando concebido o instituto, pelo Conselho Nacional do Ministério Público, a intenção do órgão claramente era interpretar desta forma, tanto que, no artigo 18 da Resolução nº 181/2017 do CNMP se exigia que o investigado confessasse "*formal e detalhadamente a prática do delito*". Igualmente parecia ser esse o objetivo inicial do legislador, cuja redação primeva no projeto contemplava o oferecimento do ANPP "*se o investigado tiver confessado circunstanciadamente [7] a prática de infração penal*" [8]. Sem embargo, essa dicção não foi promulgada pelo legislador. No meio do caminho foi apresentado um substitutivo do projeto e aprovado o texto: "*Tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente [9] a prática de infração penal*". Uma tal alteração não foi despropositada, afinal, o significado das expressões "circunstanciadamente" e "circunstancialmente" são distintos.

Entretanto, por ora, cada membro representante do Ministério Público tem entendido e negociado os acordos à sua própria maneira [10]. De modo semelhante se pode sustentar em relação ao uso do conteúdo do pacto pelos magistrados.

Em uma pesquisa que realizamos sobre acordos dessa natureza celebrados no Estado de São Paulo [11], foi possível obter um dado relevante: em 35% [12] dos casos de concurso de pessoas [13], o conteúdo da confissão do corréu — e, por vezes, a própria confissão genérica em si mesma — que celebrou o acordo de não persecução penal foi considerada no mérito da prolação da sentença, ou seja, foi utilizada para condenar o coautor ou partícipe.

Acontece que a utilização da confissão de um corréu como mecanismo de auxílio para obtenção de provas ou mesmo como conteúdo informativo a ser corroborado por elementos externos do bojo probatório corresponde a outro instituto do processo penal bastante conhecido: a colaboração premiada.

Assim, nesses casos, o que se observa é a tentativa ilegal de transposição de elementos da colaboração premiada, cujos requisitos e pressupostos seriam mais complexos, ao ANPP, que tem rito e características simplificadas.

Ora, justamente por isso é que a homologação do acordo foi enquadrada pelo legislador como de alçada do juiz de garantias, o que impediria o conhecimento do conteúdo da composição pelo juiz da instrução. Talvez para os procedimentos vindouros — quando e se declarado constitucional o conteúdo normativo do artigo 3º-B do Código de Processo Penal — esta questão se perca. Todavia, até que isso aconteça, é necessário se analisar as coisas como elas são.

É preciso repisar que o ANPP é um negócio jurídico processual entre partes: de um lado situado o investigado, assistido por seu defensor, e, do outro, o Ministério Público. Como se percebe, não há espaço para coautores ou partícipes nesta relação negocial personalíssima, de modo que, qualquer declaração nela proferida, se utilizada em âmbito processual — quer em instrução, quer em fase de sentença —, contra o outro corréu que não pôde pactuar o acordo violará diretamente o contraditório e a ampla defesa.



Outrossim, registre-se que, nos casos em que exigida uma confissão detalhada, jamais se poderia permitir que o mesmo magistrado condutor da audiência de celebração e homologação da composição fosse o mesmo da instrução, tendo em vista que ele já tomou conhecimento do conteúdo da declaração do corréu e, portanto, dela não poderá mais desconhecer.

Ademais, não nos parece que a intenção do legislador fosse fornecer um atalho para contornar a colaboração premiada. Destarte, caso pretenda a autoridade usufruir de eventuais declarações de um dos réus para condenar o outro, ofertando-lhe, em permuta, um benefício, deve recorrer, então, ao regramento da colaboração premiada, e não dos acordos de não persecução penal.

O correto, portanto, ao nosso ver, seria que, nos casos de coautoria em que não se faculta a todos os corréus a possibilidade de celebração de tais acordos, haja o desmembramento do processo — submetendo-os a juízes distintos — a fim de não se contaminar a imparcialidade do magistrado em relação àquele corréu para o qual a persecução prosseguirá.

[1] Como a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; a renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução; o pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e/ou o cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

[2] Expressão que simboliza a gravidade de ser conduzido ao banco dos réus, submetido a um processo criminal. Isso porquanto, como bem leciona Ferrajoli, "a sanção mais temida na maior parte dos processos penais não é a pena – quase sempre leve ou não aplicada – mas a difamação pública do imputado, que tem não só a sua honra irreparavelmente ofendida, mas, também, as condições e perspectivas de vida e de trabalho; e se hoje se pode falar em um valor simbólico e exemplar do direito penal, ele deve ser associado não tanto à pena mas, verdadeiramente, ao processo e mais exatamente à acusação e à amplificação operada sem possibilidade de defesa pela imprensa e pela televisão" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luís Flávio Gomes, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 588).

[3] Igualmente não se admite a aplicação de tais acordos se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, bem como se se tratar de crime praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.



[4] Embora igualmente haja situações em que o acordo seja passível de ser ofertado a todos os coautores.

[5] Implica dizer não ser esta uma norma de natureza estritamente processual penal, não sendo, por conseguinte, regida pela máxima do *tempus regit actum*.

[6] LOPES JR., Aury. JOSITA, Higyna. *Questões polêmicas do acordo de não persecução penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>.

[7] Conforme se depreende da explicação do vocábulo no dicionário, a palavra "circunstanciadamente" é definida como advérbio que "abrange todas as circunstâncias e particularidades: circunstanciadamente, analisava as provas do crime". Circunstanciado, por sua vez, significa "exposto minuciosamente; em que há excesso de pormenores; pormenorizado, detalhado"; "que expõe todas as circunstâncias de algo: termo circunstanciado; a narrativa mostrava todos os detalhes bem circunstanciados".

[8] Projeto de Lei nº 10.372/2018.

[9] Circunstancialmente é advérbio de circunstancial. A seu turno, circunstancial significa algo "relativo a circunstância, situação ou condição"; "que tem relevância, mas não é extremamente necessário; de caráter secundário"; "(Jurídico) Que de pauta em sinais, deduções ou indícios, e não na evidência concreta do fato: prova circunstancial". "(Gramática) Que exprime as circunstâncias (causa, tempo etc.) ou os elementos secundários de uma ação, subordinados a uma proposição principal: complemento, adjunto circunstancial".

[10] Na Justiça Estadual de São Paulo a pesquisa revelou que cerca de 65% dos acordos têm sido celebrados consoante o entendimento de uma confissão formal/genérica, ou seja, ficta, sendo "aceitos como verídicos" os fatos narrados em denúncia ou oriundos de narrativa em sede de investigação policial.

[11] Pesquisa empírica realizada pelos autores no banco de sentenças do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concernente a ANPPs celebrados até o dia 8 de maio do corrente ano.

[12] Em números exatos, de um universo de 40 casos, 14 possuem o perfil que ora se aponta.

[13] Excluídos do cômputo aqueles em que ainda não sobreveio sentença para o corréu que não celebrou o acordo, bem como aqueles que a benesse foi concedida a todos os corréus de modo igualitário.

Date Created

08/06/2020