

CONCURSO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A REINCIDÊNCIA¹

CONFESSION OF SPONTANEOUS CONCOURSE WITH RECURRENCE

Sirlânia Alves Teixeira

Curso de Direito das Faculdades Integradas Promove de Brasília

Resumo: o presente artigo tem como escopo de pesquisa a análise do concurso da confissão espontânea com a agravante de reincidência, a fim de estabelecer se a confissão espontânea está atrelada à personalidade do agente e, conseqüentemente, determinar se a confissão espontânea possui valor preponderante quando da análise do artigo 67 do Código Penal. Pela análise do mencionado artigo, é possível constatar que a confissão espontânea não está elencada, de forma expressa, como circunstância preponderante, contudo, há entendimento no sentido de que a confissão é traço da personalidade do agente, circunstância expressamente preponderante. A consequência de tal discussão é a repercussão direta no *quantum* da pena privativa de liberdade e no regime imposto para o cumprimento da pena, pois, quando adotado o entendimento de que a confissão é traço da personalidade do agente, e esta estiver em concurso com a agravante de reincidência, deverá ocorrer a compensação. Lado outro, não constatado o liame da confissão espontânea com a personalidade do agente, o concurso dessa circunstância com a agravante de reincidência ensejará a preponderância desta última sobre aquela. A questão é divergente nos tribunais - enquanto o Superior Tribunal de Justiça adotou entendimento contrário ao entendimento que vem sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal, as turmas criminais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em sua maioria, tem acompanhado a linha de entendimento deste último tribunal -, situação que vem acarretando insegurança jurídica aos condenados.

Palavras-chave: Confissão Espontânea; Personalidade; Concurso; Reincidência.

Abstract: the present article has the objective of research examining the spontaneous confession and the personality of the agent in order to establish whether spontaneous confession is linked to the personality of the agent, and hence determine whether the voluntary disclosure has predominant value in the analysis of Article 67 of the Criminal Code. For the analysis of Article 67 of the Criminal Code it is clear that the voluntary disclosure is not related, explicitly, as a predominant circumstance, however, there is understanding in that confession is personality trait of the agent, which is expressly overriding circumstance. The consequence of this discussion is the direct impact on the quantum of sentence of imprisonment and the tax regime for the enforcement of the sentence, because when adopted the understanding that the confession is personality trait of the agent, and is in competition with is a circumstance preponderant aggravating, compensation should occur if the aggravating circumstance does not have this value (predominant), spontaneous confession prevail on such a circumstance. Other hand, found no spontaneous confession of the bond with the personality, the competition in such a circumstance to circumstance preponderant

¹ Artigo desenvolvido sob a orientação da Prof^ª. Kenia Karina Jorge Sobrinho Arruda Nogueira, do Curso de Direito das Faculdades Integradas Promove de Brasília.

value entail a preponderance of the latter on the former. The question is divergent in court - while the Superior Court adopted the understanding that contrary view has been adopted by the Supreme Court, the Court of Justice of the Federal District and Territories has followed the line of understanding of the Supreme Court - which is leading to legal uncertainty convicted.

Keywords: Spontaneous Confession; Personality; Competition; Recurrence.

Sumário: Introdução. 1. Circunstâncias agravantes e atenuantes. 2. Reincidência. 3. Confissão espontânea. 3.1. Espontaneidade. 3.2. Requisitos intrínsecos e extrínsecos. 3.3. Classificação. 3.4. Divisibilidade e retratabilidade. 4. Concurso entre circunstâncias atenuantes e agravantes – preponderância e compensação. 5. Personalidade do agente. 6. Confissão espontânea e personalidade do agente – divergência jurisprudencial. 7. Repercussão na pena. Considerações finais. Referências.

Introdução

O tema abordado trata da análise do concurso, previsto no artigo 67 do Código Penal, de circunstâncias atenuantes e agravantes, especificamente do concurso da atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência.

A individualização da pena, preceito constitucional (artigo 5º, XLVI, Constituição Federal de 1988), será alcançada com a pena concreta do condenado. Para se atingir a pena concreta há três estágios. O primeiro é o estágio primário, em que se fixa a pena privativa de liberdade do condenado. O segundo estágio, estágio secundário, diz respeito à escolha do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade (regime aberto, semiaberto e fechado). No terceiro estágio, denominado estágio terciário, ocorre eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou multa, bem como aplicação da suspensão condicional da pena.

O Código Penal Brasileiro, artigo 68, adotou o sistema trifásico para fixação da pena privativa de liberdade do condenado (primeiro estágio). Inicialmente, analisam-se as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, as denominadas circunstâncias judiciais, fixando-se a pena-base. Em seguida, na segunda fase da dosimetria da pena, analisam-se as circunstâncias agravantes e atenuantes, sendo que nesta fase deve-se atentar ao possível concurso entre tais circunstâncias, observando o disposto no artigo 67 do Código Penal. Por fim, na terceira fase da dosimetria, serão analisadas as causas de aumento e

diminuição da pena, estabelecendo definitivamente a pena privativa de liberdade do condenado.

O presente trabalho não se aprofundou em todo procedimento da individualização da pena, retendo-se, apenas, à análise, na segunda fase da dosimetria da pena (primeiro estágio), do concurso da atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência, e da repercussão no regime de cumprimento da pena (segundo estágio).

O objetivo principal é estabelecer se a confissão está, ou não, atrelada à personalidade do agente, tendo em vista a natureza preponderante desta última quando da análise do artigo 67 do Código Penal. Para tanto, mostrou-se imprescindível a realização de um estudo profundo, doutrinário e jurisprudencial, da definição do termo personalidade e de confissão espontânea. Também é objetivo do presente trabalho analisar as divergências jurisprudenciais sobre a questão, além da repercussão que cada entendimento implicará na pena do condenado. O estudo jurisprudencial foi baseado nas decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Com o julgamento do EResp 1.154.752/RS, o Superior Tribunal de Justiça abriu precedente da possibilidade de compensar a reincidência com confissão espontânea quando ocorrer o concurso de tais circunstâncias. Naquela oportunidade, firmou-se entendimento de que a confissão espontânea é circunstância preponderante ao fundamento de que esta diz respeito à personalidade do agente, pois demonstra a capacidade de o agente assumir seus erros e suas consequências.

O Supremo Tribunal Federal ainda não se posicionou definitivamente sobre a questão, contudo, a maioria de seus julgados são no sentido de que a reincidência é circunstância preponderante sobre a confissão espontânea, não estando, portanto, a confissão espontânea, atrelada à personalidade do agente.

A divergência de entendimento entre as cortes superiores - Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal - sobre uma mesma regra jurídica, acentuou as discussões no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. As turmas criminais divergem sobre a questão, enquanto as turmas recursais pacificaram entendimento de que a reincidência é circunstância preponderante sobre a confissão espontânea.

A controversa deu ensejo ao surgimento de alguns problemas, o que também demonstra a inegável importância do tema abordado. Primeiramente, o aumento de recursos nos tribunais mencionados que recebem a todo o momento recursos para reformar a sentença/acórdão, pugnando o recorrente, muitas vezes, apenas, pela aplicação da preponderância ou pela compensação – concurso da confissão espontânea com a reincidência. O segundo é a repercussão direta que cada entendimento terá na aplicação da pena, tendo em vista que aplicação da compensação é mais benéfica ao condenado, enquanto a preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea provocará uma repercussão prejudicial no *quantum* da pena aplicada e, conseqüentemente, no regime de cumprimento da pena privativa de liberdade. Desse modo, além de se vê prejudicado pela morosidade do Estado no julgamento de eventual recurso em que se discuta apenas esta questão, o condenado estará à mercê da sorte, dependendo, pois, que o entendimento adotado pelo julgador de seu processo seja pela compensação.

Apesar do tema abordado tratar do concurso da circunstância atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência, o estudo profundo da reincidência se mostrou dispensável para pesquisa do trabalho, tendo em vista o seu expresso valor preponderante e o objetivo principal da pesquisa.

As principais questões levantadas na pesquisa são: O que é personalidade? O que é confissão espontânea? A confissão espontânea é circunstância que está atrelada à personalidade do agente? Qual é o entendimento dos tribunais? Qual é a repercussão na pena do réu? É possível criar requisitos para aplicação da compensação?

Tendo em vista a observação de uma estrutura de raciocínio lógico na construção do trabalho, dividiu-se este em vários tópicos, definindo seus principais elementos (circunstâncias atenuantes e agravantes, concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, reincidência, personalidade, confissão espontânea, etc.) com base na doutrina estudada e na jurisprudência dos tribunais.

O método escolhido orientou e definiu as estratégias da pesquisa teórica do trabalho, evidenciando, quanto sua natureza, uma pesquisa aplicada, entendida esta como “aquela que tem como objetivo gerar conhecimentos para aplicação prática e dirigidos à solução de problemas específicos” (PEREIRA-MATIAS, 2010, p. 71).

No tocante à forma de abordagem da problemática, utilizou-se de pesquisa qualitativa baseada na acepção da norma jurídica que trata do concurso da confissão espontânea com a agravante de reincidência, analisando-se os elementos inerentes a essa: confissão espontânea e a personalidade do agente.

Do ponto de vista dos objetivos, focou-se em uma pesquisa exploratória envolvendo levantamento bibliográfico como pesquisa em livros, leis e jurisprudências, o que proporciona amplo acesso ao tema debatido no meio acadêmico e jurídico.

O método específico das ciências sociais da presente pesquisa se aproxima do método hipotético-dedutivo baseando na análise lógica do valor preponderante da confissão espontânea, partindo-se do problema da determinação da ligação da confissão espontânea com a personalidade do agente, passando-se às conjecturas, ou seja, dedução das consequências relatadas como objetos a serem confirmados ou falseados na análise do concurso da confissão espontânea com a reincidência, além dos esclarecimentos dos pontos controvertidos.

1. Circunstâncias agravantes e atenuantes

Na primeira fase da dosimetria da pena são analisadas as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, as denominadas circunstâncias judiciais, devendo o juiz, após tal análise, fixar a pena-base do condenado. Em seguida, na segunda fase, serão analisadas as circunstâncias agravantes e atenuantes.

Segundo Grego (2009, p. 569), “Circunstâncias são dados periféricos que gravitam ao redor da figura típica e têm por finalidade diminuir ou aumentar a pena aplicada ao sentenciado”. As circunstâncias agravantes genéricas são circunstâncias de caráter objetivo e subjetivo que estão previstas, de forma taxativa, nos artigos 61 e 62 do Código Penal. Quando presente uma circunstância agravante, e esta não constituir ou qualificar o crime, como regra, o julgador deverá promover o aumento da pena, respeitando o mínimo e o máximo da pena prevista em abstrato. Nos termos do artigo 61 do Código Penal, são circunstâncias agravantes:

I - a reincidência; II - ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra

ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Além destas, o artigo 62 do Código Penal descreve as circunstâncias que agravam a pena no caso de crime praticado em concurso de pessoas, prevendo que:

A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II - coage ou induz outrem à execução material do crime; III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa (BRASIL, 1940).

Por sua vez, as circunstâncias atenuantes genéricas estão previstas, de forma exemplificativa, no artigo 65 do Código Penal e, assim como as agravantes, são circunstâncias de caráter objetivo e subjetivo que, como regra, fará incidir uma diminuição na pena do condenado, devendo o julgador, para tanto, pautar-se dentro no mínimo e no máximo da pena abstrata prevista em lei. De acordo com o referido artigo, são circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; II - o desconhecimento da lei; III - ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) **confessado espontaneamente, perante autoridade, a autoria do crime**; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou”. O artigo 66 do Código Penal estabelece que “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. (BRASIL, 1940, grifo nosso).

2. Reincidência

A reincidência, nos termos do artigo 61, inciso I, do Código Penal, é circunstância agravante. Jesus (2012, p. 609) afirma que “Reincidência deriva de *recidere*, que significa recair, repetir o ato. Reincidência é, em termos comuns, repetir a prática do crime”. Ainda segundo o autor (*idem*), a doutrina aponta duas formas de reincidência, a real e a ficta. A primeira “ocorre quando o sujeito pratica a nova infração após cumprir, total ou parcialmente, a pena imposta em face de crime anterior (*ibidem*)”. Já a segunda é caracterizada pela prática de um nova infração penal, depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória que tenha condenado o réu por crime anterior.

É certo que o Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) adotou a reincidência ficta, ou seja, para configurar a reincidência é suficiente que exista uma sentença penal condenatória, transitada em julgado, por crime anterior e a prática de um novo crime. Tal assertiva se dá pela expressa disposição do artigo 63 do Código Penal, *in verbis*: “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Como se percebe, o mencionado dispositivo legal (artigo 63 do Código Penal) trata apenas da reincidência pela prática de crimes, preferindo o legislador dar tratamento específico à reincidência por prática de contravenções penais, disciplinando a questão no artigo 7º do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 - “Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção” -, a denominada Lei de Contravenções Penais.

No entanto, os aludidos artigos (artigo 63 do Código Penal e artigo 7º da Lei de Contravenções Penais) são omissos, motivo pelo qual o conceito de reincidência deve ser realizado pela interpretação de ambos os dispositivos legais. Sintetizando a interpretação, a reincidência estará configurada quando existente condenação transitada em julgada: a) por crime cometido no Brasil ou no estrangeiro e a prática de novo crime; b) por crime cometido no Brasil ou no estrangeiro e a prática de contravenção penal; e c) por contravenção penal praticada no Brasil e a prática de nova contravenção penal.

Assim, é possível que o réu, já condenado por crime anterior, não tenha reconhecido, no momento da aplicação da pena do delito posterior, a agravante de reincidência, basta que o crime posterior tenha sido praticado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória pelo crime anterior.

Importa destacar que não basta que o condenado, após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, pratique nova infração penal. Para configurar a reincidência faz-se necessário a observância do prazo de 5 anos previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal - o denominado de período depurador da reincidência, e da proibição de utilização de sentença penal condenatória pela prática de crimes militares próprios e políticos. Assim, para efeitos de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação, e II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos (BRASIL, 1940, artigo 64, incisos I e II).

Por oportuno, ressalte-se que os fatos atípicos no Brasil e típicos no país estrangeiro, ainda que existente sentença penal condenatória por crime cometido no estrangeiro, não gera reincidência.

3. Confissão espontânea

O artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, prevê como circunstância atenuante a confissão espontânea do agente, perante autoridade, da autoria crime. A confissão, além de ser atenuante, também é tratada como meio de prova, estando disciplinada como tal nos artigos 197, 198, 199 e 200 do Código de Processo Penal. Contudo, é importante destacar que, para servir como meio de prova, os mencionados artigos não fazem qualquer menção quanto à necessidade da confissão ser espontânea, o que se verifica expressamente quando se trata da atenuante de confissão. Tal destaque se mostra importante em razão da distinção que alguns doutrinadores fazem com relação ao termo voluntariedade e espontaneidade, conforme se verificará no tópico seguinte.

Assim, indagamos o que seria a confissão espontânea.

No dicionário (AURÉLIO, 2001, p. 174), a palavra confessar significa “Declarar, revelar; reconhecer-se”. Para o Código Penal a confissão é o ato em que o agente admitir, perante a autoridade, que praticou ou participou do delito pelo qual responde ou de autoria equivocada ou ignorada.

Segundo Mirabete (2010, p. 297) a atenuante da confissão depende de “um motivo moral, altruístico”, que demonstre o arrependimento do réu, pois é essa motivação que dá o “caráter necessário” para o reconhecimento da atenuante. Corroborando com tal pensamento, Jesus (2012, p. 622) afirma que “O que importa é o ‘motivo’ da confissão, com p. ex, o arrependimento, demonstrando merecer pena menor, com fundamento na lealdade processual”.

Greco (2009, p. 586), em sentido contrário, assevera que se o agente confessar o crime terá direito à redução de sua pena, podendo, inclusive, “confessar o crime no qual foi preso em flagrante delito simplesmente com a finalidade de obter a atenuação de sua pena”.

Assim, para Júlio Fabbrini Mirabete e Damásio de Jesus, a mera conduta objetiva de confessar o crime não gera, por si só, a incidência da circunstância de diminuição da pena. Já Rogério Greco ensina que não importa os motivos da confissão, se o réu confessar o crime terá direito à redução prevista no artigo 65, inciso III, alínea “b”, do Código Penal (BRASIL, 1940).

3.1. Espontaneidade

Em razão da importância da definição de confissão espontânea para este trabalho, é importante estabelecer o que é a espontaneidade mencionada no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal (BRASIL, 1940). A definição do termo espontaneidade se mostra divergente na doutrina e na jurisprudência. Da doutrina pesquisada, Mirabete (2010, p. 148-149), Jesus (2012, p. 384-385) e Greco (2009, p. 258-259), na parte em que tratam da desistência voluntária, fazem distinção do ato espontâneo com o ato voluntário. Apesar de não expressarem o que seria a espontaneidade da confissão, a exigência de Mirabete (2010, p. 297) e de Jesus (2012, p. 622) de que a confissão não seja uma conduta meramente objetiva, leva-nos a crer que o motivo relevante, altruístico (ex. arrependimento) é a tradução de espontaneidade para os mencionados autores.

Nucci (2014, p. 166), também fazendo distinção de ato espontâneo de ato voluntário, assevera que, para o direito penal, tais termos são diferentes, definindo voluntariedade como a atuação livre, sem qualquer coação, e espontaneidade como “vontade sincera, fruto do mais íntimo desejo do agente”. Com este raciocínio, agregado ao fato do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941, artigo 197 ao 200) não fazer qualquer menção de que a confissão deva ser espontânea, o doutrinador (2014, p. 411) distingue a confissão como meio de prova da atenuante de confissão prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal (BRASIL, 1940). Assim, segundo Nucci (*idem*), para servir como meio de prova é suficiente que a confissão seja voluntária, mas, para servir de atenuante a confissão deve ser, além de voluntária, também espontânea.

Avena (2012, p. 539), entretanto, define espontaneidade como a ausência de qualquer coação para que o agente confesse o crime, tratando o termo espontaneidade, assim como o dicionário (AURÉLIO, 2001, pg. 290), como sinônimo de voluntariedade.

Numa nova acepção do termo confissão espontânea, o Superior Tribunal de Justiça tem verificado a utilização da confissão na fundamentação da sentença, para fazer incidir, ou não, a atenuante de confissão. Confira-se:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. NÃO-APREENSÃO DO INSTRUMENTO. EXAME PERICIAL. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME POR OUTROS MEIOS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (...). **3. O art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, não ressalva para configuração da atenuante que confissão seja completa, explicitando todas as circunstâncias do crime ou que seja movida por um motivo moral, que demonstre o arrependimento do acusado ou, ainda, que influa decisivamente para a condenação. (...).** (STJ-HC 159.854/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, **julgado em 15/06/2010**, DJe 28/06/2010). Grifo nosso.

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. (1) VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. (2) DOSIMETRIA. PENA APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (3) CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. (4) REGIME INICIAL. ABRANDAMENTO.

CONCESSÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL. PREJUDICADO. (5) WRIT, EM PARTE, PREJUDICADO E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO. ORDEM DE OFÍCIO. (...). 3. **Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante.** (STJ-HC 287.645/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 13/10/2014). Grifo nosso.

Assim, conforme entendimento do referido tribunal, não é necessário que, para incidência da atenuante de confissão prevista no artigo 65, inciso III, alínea “b”, do Código Penal (BRASIL, 1940), que a confissão do condenado seja completa ou em razão de um motivo moral, que demonstre o arrependimento ou, ainda, que esta tenha influído de forma decisiva em sua condenação.

3.2. Requisitos intrínsecos e extrínsecos

Avena (2012, p. 539) afirma que, de acordo com a doutrina, para que seja reconhecida a confissão espontânea é imprescindível a existência de requisitos intrínsecos e extrínsecos. Requisitos são condições necessárias para se alcançar certo fim.

Os requisitos intrínsecos, nas lições de Avena (*idem*) são: verossimilhança, certeza, persistência e coincidência. A verossimilhança é a probabilidade de que o fato confessado pelo réu tenha ocorrido da forma como foi confessado, enquanto a certeza é a narrativa do fato de forma inteligível, com sentido que não deixa dúvidas. A persistência se traduz na repetição do fato quantas vezes forem necessárias ao seu esclarecimento, apresentando o réu na mesma narrativa da repetição, os mesmos aspectos e circunstância do fato, sem que haja alteração dos detalhes mais relevantes do crime. A coincidência, por sua vez, é a ligação entre o fato confessado e as demais provas existentes nos autos.

Já os requisitos extrínsecos ou formais, também segundo AVENA (*ibidem*), são: pessoalidade, caráter expresso, espontaneidade, ato realizado perante juiz competente e por pessoa capaz. A personalidade é a necessidade de que a confissão seja realizada pelo próprio réu, não sendo admitida, portanto, a confissão por mandatário ou defensor. O caráter expresso traduz a necessidade de que a confissão oral seja reduzida a termo, enquanto a espontaneidade é caracterizada pela ausência de qualquer coação física e/ou psicológica para que o agente confesse a prática do crime. Quanto à realização da confissão, esta deverá ser perante o juiz

competente, ou seja, a confissão deve ocorrer perante o juiz que está oficiando no processo criminal. Por último, é necessário a capacidade da pessoa que confessa, ou seja, quem confessa um crime não pode estar com a saúde mental comprometida no momento da confissão.

3.3. Classificação

As classificações apresentadas pela doutrina acerca da confissão são várias. Em razão disso, abordaremos a seguir as classificações consideradas mais importantes para o presente trabalho, adotando apenas, quanto à classificação, um único doutrinador.

A confissão, quanto ao momento, poderá ser judicial ou extrajudicial (AVENA, 2012, p. 540). A primeira é aquela realizada perante a autoridade judiciária que, em regra, ocorre durante o interrogatório. Conforme já mencionado anteriormente, tal confissão deve ocorrer perante o juiz que oficia no processo criminal. Já a segunda ocorre fora dos autos do processo, podendo ocorrer perante a autoridade policial (no decurso do inquérito policial) ou perante outras autoridades, como por exemplo, dentro de procedimento administrativo correccional, perante CPIs ou, conforme nos ensina Greco (2009, p. 586), perante o Promotor de Justiça. A confissão extrajudicial deverá ser repetida no processo judicial para produzir efeitos.

Quanto ao conteúdo, a confissão poderá ser simples ou qualificada (AVENA, 2012, p. 541). Na confissão simples o réu admite como verdadeiros os fatos que lhes são atribuídos sem implementar ou modificar qualquer informação, enquanto na confissão qualificada o réu confessa a autoria do crime, negando, contudo, parte da imputação que lhe é atribuída ou invocando alguma causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade em seu favor.

De se registrar que, em que pese a afirmação de Avena (2012, p. 542) de que há divergência doutrinária no que se refere à incidência da atenuante de confissão quando esta for qualificada, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pela incidência da respectiva atenuante, desde que esta tenha sido utilizada pelo julgador para fundamentar a sentença penal condenatória. Neste sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. UTILIZAÇÃO COMO SUPORTE DA CONDENAÇÃO. ATENUAÇÃO OBRIGATÓRIA. DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE. **1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a**

confissão dos réus, ainda que parcial (qualificada) ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante (HC n. 237.252/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 26/2/2014). (...). (AgRg no REsp 1442277/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 07/10/2014). Acesso em 17/10/2014). Grifo nosso.

3.4. Divisibilidade e retratabilidade

O artigo 200 do Código de Processo Penal traz duas características da confissão: a divisibilidade e a retratabilidade. Tais características, segundo o próprio dispositivo, não acarretarão prejuízo do livre convencimento do juiz, que deverá fundamentar a sentença no exame do conjunto probatório.

A divisibilidade dá liberdade ao juiz de aceitar a confissão parcial e repudiar a parte que considerar inverídica. Já a retratabilidade traduz a possibilidade do réu, a qualquer momento, fazer uma nova declaração contrária a outra anteriormente feita. Neste último caso, se a confissão retratada se deu perante o juiz competente, o magistrado deverá confrontar a confissão e a retratação com os demais meios de provas, verificando qual delas deverá prevalecer (AVENA, 2012, p. 541).

Também é possível a retratação da confissão extrajudicial. Não pouco comum, a confissão, realizada em sede policial, é posteriormente retratada em juízo, sendo possível que, apesar da validade dessa última, o juiz, fundando no princípio do livre convencimento motivado, utilize a confissão realizada na fase pré-processual para fundamentar a sentença penal condenatória. Para Greco (2009, p. 587), a confissão retratada impede a aplicação da atenuante. Contudo, não é este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (HC 236.960/MG, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 23/09/2014), que sedimentou entendimento de que nas hipóteses em que o julgador utilizar a confissão, posteriormente retratada, para embasar a sentença condenatória deverá incidir a circunstância atenuante da confissão.

4. Concurso entre circunstâncias agravantes e atenuantes - compensação e preponderância

Quando da análise das circunstâncias agravantes e atenuantes, na segunda fase da dosimetria da pena, poderá ocorrer a existência de concurso entre tais circunstâncias, ou seja, a existência de uma circunstância agravante e de uma atenuante. Neste caso, de acordo com o artigo 67 do Código Penal, a pena deverá se aproximar “do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência”. Circunstâncias preponderantes são as circunstâncias de caráter subjetivo que possuem supremacia de peso, ou seja, a circunstância preponderante deve prevalecer sobre aquela não preponderante. Definindo as circunstâncias previstas no artigo 67 do Código Penal, Greco (2009, p. 588) afirma que:

Motivos determinantes são aqueles que impulsionam o agente ao cometimento do delito, tais como motivo fútil, torpe, de relevante valor social e moral. Personalidade do agente são dados pessoais, inseparáveis da sua pessoa, como é o caso da idade (menor de 21 na data do fato ou maior de 70 anos na data da sentença) e a reincidência a demonstração de que a condenação anterior não conseguiu exercer seu efeito preventivo no agente, pois que, ainda assim, veio a praticar novo crime após o trânsito em julgado da decisão condenatória anterior, demonstrando, com isso, a sua maior reprovação.

A reincidência já restou abordada em tópico anterior, enquanto as circunstâncias, que resultam dos motivos determinantes do crime, não demandam maiores considerações, pois não fazem parte da discussão principal do presente trabalho. A personalidade do agente, entretanto, constitui objeto de discussão, motivo pelo qual será abordada no tópico seguinte.

Não há qualquer dúvida de que quando ocorrer o concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes e sendo uma delas preponderante (as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência), a pena do condenado deverá se aproximar do limite indicado pela circunstância preponderante, ou seja, aumentará ou diminuirá, a depender de qual é a circunstância preponderante (se agravante ou atenuante). Mas o que ocorrerá quando o concurso for de circunstâncias preponderantes, ou seja, de idêntico valor?

Greco (2010, p. 588) leciona que diante do concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes de idêntico valor, “a existência de ambas levará ao afastamento das duas, ou seja, não se aumenta ou diminui a pena nesse segundo momento”. Nessa mesma linha de pensamento, Galvão (2010, p. 437-438), citando Guilherme Nucci, afirma que:

[...] no concurso de agravantes e atenuantes de mesmo valor, parte da doutrina entende que o juiz poderá compensar ambas, deixando a pena inalterada, mas sempre motivando-a. Assim, como ensina Guilherme de Nucci, é possível ‘compensar a atenuante da confissão com a agravante de crime contra o irmão, ou atenuante do crime cometido sob influência de multidão, em tumulto, com a agravante do meio que possa resultar perigo comum’. Em suma, conforme afirma o insigne penalista acima, de duas ou mais agravantes em confronto com ‘duas ou mais atenuantes deve ocorrer a compensação, na exata medida daqueles que, por seu maior número, preponderam.

Em resumo, caso ocorra concurso de uma circunstância preponderante com outra não preponderante, aquela deverá prevalecer sobre esta última. Mas se o concurso é de circunstâncias preponderantes, conforme entendimento da doutrina estudada, deverá ocorrer a compensação.

5. Personalidade do agente

A personalidade do agente, além de ser circunstância judicial da pena, conforme se verifica no artigo 59 do Código Penal (BRASIL, 1940), é também circunstância preponderante (artigo 67 do Código Penal). Inicialmente, é mister esclarecer que o que se analisa no artigo 67 do Código Penal não é especificamente a personalidade do agente como ocorre na análise da personalidade do agente no artigo 59 do Código Penal, mas sim a circunstância agravante e atenuante que pode, ou não, ser circunstâncias da personalidade. De todo modo, é imprescindível definir o que é personalidade.

A personalidade tem uma estrutura muito complexa. Na verdade é um conjunto somatopsíquico (ou psicossomático) no qual se integra um componente morfológico, estático, que é a conformação física; um componente dinâmico-humoral ou fisiológico, que é o temperamento; e o caráter, que é a expressão psicológica do temperamento (...). Na Configuração da personalidade congregam-se elementos hereditários e socioambientais, o que vale dizer que as experiências de vida contribuem para a sua evolução. Esta se faz em cinco fases bem caracterizadas: infância,

juventude, estado adulto, maturidade e velhice. (ARBERN,1983, *apud* NUCCI, 2014, p. 373).

Para Nucci (*idem*), a personalidade é o “conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida”. Na análise do artigo 59 do Código Penal (BRASIL, 1940), o mencionado autor (2014, p. 374 e 389) afirma que bondade, calma, paciência, amabilidade, maturidade, responsabilidade, bom-humor, coragem, sensibilidade, tolerância, honestidade, simplicidade, desprendimento material e solidariedade são exemplos de fatores positivos da personalidade do agente. Já a maldade, agressividade (hostil ou destrutiva) impaciência, rispidez/ hostilidade, imaturidade, irresponsabilidade, mau-humor, covardia, frieza, insensibilidade, intolerância (racismo, homofobia, xenofobia), desonestidade, soberba, inveja, cobiça e o egoísmo seriam fatores negativos da personalidade do agente.

Jesus (2012, p. 601), por sua vez, afirma que “a expressão personalidade é empregada pelo CP como conjunto de qualidades morais do agente. É o retrato psíquico do delinquente, incluindo a periculosidade”. Seguindo entendimento similar, Mirabete (2010, p. 283) ensina que a personalidade registra “qualidade morais, a boa ou má índole, o sentimento moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo com a ordem social intrínsecos a seu pensamento”.

Os livros de psicologia jurídica, apesar das diversas definições encontradas, apresentam conceitos técnicos do termo personalidade. Pinheiro (2013, p. 85) define personalidade como “a totalidade relativamente estável e previsível dos traços emocionais e comportamentais que caracterizam a pessoa na vida cotidiana, sob condições normais”. No entanto, o comportamento adotado por um indivíduo nem sempre indicará sua real personalidade, isso porque:

Em um ambiente sob controle (por exemplo, na presença de um juiz ou delegado de polícia), uma pessoa pode se mostrar dócil, porque na corte de Justiça ou na delegacia não se encontram condições estimuladoras da agressividade; contudo, a mesma pessoa pode mostra-se agressiva em casa, no trânsito ou no trabalho. Muda o ambiente, modifica-se o comportamento. (FIORELLI e JOSÉ OSMIR, 2011, p. 97-98).

Quanto à análise de cada circunstância agravante e atenuante e a relação destas com a personalidade do agente, a doutrina penal estudada não aborda todas de forma individualizada, fazendo apenas menção de algumas das circunstâncias (agravantes e

atenuantes) e sua relação com a personalidade ou com os motivos determinantes do crime. O liame da confissão espontânea com a personalidade do agente, por exemplo, restou abordado apenas por Nucci (2014, p. 415). A dificuldade de se constatar quando a confissão espontânea é fruto da personalidade positiva do agente, e quando é por outros fatores, levou o doutrinador (*idem*) a adotar entendimento de que a confissão é circunstância atrelada a personalidade do agente.

6. Confissão e a personalidade do agente – divergência jurisprudencial

Existe uma grande discussão sobre a questão do concurso entre a atenuante da confissão espontânea e da agravante da reincidência. Como já explicado, a reincidência é circunstância preponderante sobre outras circunstâncias não preponderantes, pois assim está expresso no artigo 67 do Código Penal (BRASI, 1940). Questão intrigante é saber se a confissão está atrelada à personalidade do agente - que é circunstância preponderante, também conforme o artigo 67 do Código Penal (*idem*).

A discussão sobre a questão tomou força após o julgamento realizado no Superior Tribunal de Justiça dos Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.154.752/RS (EREsp n.º 1.154.752/RS), oportunidade em que a Terceira Seção pacificou entendimento de que a confissão espontânea e a reincidência são igualmente preponderantes e por tal motivo deve ocorrer a compensação entre ambas. Na ocasião, firmou-se entendimento de que a confissão espontânea diz respeito à personalidade do agente, pois demonstra a capacidade de o agente assumir seus erros e suas consequências. Nesse sentido:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. (...). **2. É possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.. (Publicado em 04/09/2012).** Grifo nosso.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NESTA

CORTE POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO ERESP N.º 1.154.752/RS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. **1. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, após o julgamento do EREsp n.º 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, pelo que é cabível a compensação dessas circunstâncias.** 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1406723/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 30/04/2014). Grifo nosso.

O Supremo Tribunal Federal ainda não se posicionou definitivamente sobre a questão, contudo, a maioria de seus julgados (STF/ RHC 120677 / SP HC 112774 / MS, HC 112830 / AC, HC 108391 / MG, RHC 110727 / DF, HC 108138 / MS, HC 106113 / MT, HC 96063 / MS, RHC 103560 / DF, HC 106514 / MS, HC 102486 / MS) são no sentido de que a reincidência é circunstância preponderante. Confira-se:

Ementa: Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário. Roubo circunstanciado. Compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Impossibilidade 1. **O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, a teor do art. 67 do Código Penal, “a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada”** (RHC 110.727, Rel. Min. Dias Toffoli). (...). (HC 105543, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 29/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 26-05-2014 PUBLIC 27-05-2014). Grifo nosso.

As turmas criminais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, apoiando-se na divergência de entendimento das cortes superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) trazem julgados nos dois sentidos. A Primeira e a Terceira Turma Criminal, acompanhando os julgados do Supremo Tribunal Federal, afastam a interpretação de que a confissão está atrelada à personalidade do agente, considerando, portanto, a reincidência circunstância preponderante sobre a confissão espontânea. Já a Segunda Turma Criminal acompanha a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, compensando a confissão espontânea com a reincidência. Logo abaixo, os julgados demonstram claramente o entendimento das mencionadas turmas criminais.

PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. PENA-BASE EXASPERADA. PROPORCIONALIDADE E ADEQUAÇÃO. MANUTENÇÃO DO

AUMENTO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. INVIABILIDADE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. (...). **2. Inviável a compensação igualitária entre a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, porquanto o artigo 67 do Código Penal determina que, no concurso entre agravantes e atenuantes, deve-se preponderar os motivos determinantes do crime, a personalidade do agente e a reincidência.** 3. RECURSO DA DEFESA CONHECIDO E NÃO PROVIDO. RECURSO DO MP CONHECIDO E PROVIDO. (Acórdão n.826901, 20140310024318APR, Relator: HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, Revisor: NILSONI DE FREITAS, **3ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 16/10/2014, Publicado no DJE: 23/10/2014. Pág.: 172**). Grifo nosso.

PENAL E PROCESSUAL. APELAÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – ARTIGO 33, DA LEI 11.343/2006 – COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – IMPOSSIBILIDADE. PENA DE MULTA EXACERBADA – REDUÇÃO. RECURSO PROVIDO EM PARTE. **A confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e relaciona-se ao interesse pessoal do réu durante o desenvolvimento do processo, não havendo liame com a sua personalidade, que é o conjunto de atributos inseparáveis da pessoa. Assim, não constitui circunstância atenuante que prevalece sobre as demais. No concurso da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, esta prevalece sobre aquela, majorando a pena, nos termos do art. 67 do Código Penal, o que se faz na esteira da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** (...). (Acórdão n.825110, 20140110174300APR, Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA, Revisor: SILVA LEMOS, **1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 09/10/2014, Publicado no DJE: 15/10/2014. Pág.: 220**). Grifo nosso.

APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AMEAÇA. ARTIGO 147 DO CÓDIGO PENAL. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE. DOSIMETRIA. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. COM RAZÃO. CONTINUIDADE DELITIVA (3X). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...). **2. Diante do novo panorama estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio da 3ª Seção, acolhendo os embargos de divergência EResp n. 1.154.752, publicado em 04/09/2012, ressalvo o entendimento anterior para compensar a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência por serem igualmente preponderantes. Precedentes.** (...). (Acórdão n.826621, 20140410026149APR, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, **2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 16/10/2014, Publicado no DJE: 28/10/2014. Pág.: 110**). Grifo nosso.

A questão também vem sendo levada à Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, prevalecendo o entendimento de que a reincidência prepondera sobre a confissão espontânea. As duas recentes decisões abaixo retratam o posicionamento preponderante do referido Tribunal.

PENAL E PROCESSUAL. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. DOSIMETRIA DA PENA – COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA – IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. **Consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, por força da literalidade do artigo 67 do Código Penal.** Embargos Infringentes conhecidos e não providos. (Acórdão n.826540, 20140110375126EIR, Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA, Revisor: SOUZA E AVILA, Câmara Criminal, Data de Julgamento: 20/10/2014, Publicado no DJE: 22/10/2014. Pág.: 121). Grifo nosso.

PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE. EMBARGOS DESPROVIDOS. **1. Inviável a compensação da atenuante da confissão pela agravante da reincidência, sendo esta preponderante em relação àquela, a teor do art. 67 do CP. Precedentes do STF e do TJDF. (...).** (Acórdão n.823787, 20060110762040EIR, Relator: JESUINO RISSATO, Revisor: MARIO MACHADO, Câmara Criminal, Data de Julgamento: 29/09/2014, Publicado no DJE: 07/10/2014. Pág.: 68). Grifo nosso.

As turmas recursais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, contrariando a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, adotaram entendimento de que a reincidência é circunstância preponderante sobre a confissão espontânea. Confira-se:

CP. IMPOSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS PREPONDERANTES: MOTIVOS DETERMINANTES DO CRIME, A PERSONALIDADE DO AGENTE E A REINCIDÊNCIA. PRECEDENTES DO STF. SUBSTITUIÇÃO POR PENA PRIVATIVA DE DIREITO. REQUISITOS. ART. 44 DO CP. RÉU REINCIDENTE EM CRIME DOLOSO (INCISO II). VEDAÇÃO LEGAL. RECURSO NÃO PROVIDO. (...). **4 - Não se ignora a jurisprudência diversa e recentemente pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça através de seu órgão competente, que passou reconhecer a compensação da agravante da reincidência pelo atenuante da confissão espontânea. Contudo, tal pronunciado mostrou-se, salvo melhor juízo, açodado, considerando jurisprudência majoritária da Suprema Corte. Embora lamentável e pouco recomendável que duas Cortes Superiores adotem entendimentos diametralmente opostos sobre uma mesma regra jurídica, causando**

perplexidade aos julgadores no momento do julgamento, deve o Juiz, nessas situações, pautar-se por aquela corrente definida pela Corte de Justiça segundo a sua competência constitucional. Sendo o Supremo Tribunal o guardião da Constituição Federal e das garantidas e direitos fundamentais, há de se prestigiar a jurisprudência que reconhece a impossibilidade de compensação entre as duas causas genéricas modificadoras de pena. (...). (Acórdão n.779702, 20110910254270APJ, Relator: LUÍS GUSTAVO B. DE OLIVEIRA, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Julgamento: 08/04/2014, Publicado no DJE: 22/04/2014. Pág.: 274). Grifo nosso.

PENAL. DESACATO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. PENA BASE. INCREMENTO. COMPENSAÇÃO ENTRE CONFISSÃO E REINCIDÊNCIA. INCABÍVEL. SUBSTITUIÇÃO. INEFICÁCIA. (...). **2.A agravante de reincidência prepondera sobre a atenuante de confissão pois que esta não está entre os motivos determinantes do crime nem da personalidade do agente. (...). (Acórdão n.817810, 20130310261998APJ, Relator: FLÁVIO AUGUSTO MARTINS LEITE, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Julgamento: 09/09/2014, Publicado no DJE: 10/09/2014. Pág.: 302). Grifo nosso.**

DIREITO PENAL. CRIME DE FALSA IDENTIDADE. ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUTODEFESA QUE NÃO AFASTA A TIPICIDADE DA CONDUTA. CONDENAÇÃO AMPARADA NA PROVA DOS AUTOS. DOSIMETRIA E REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA ADEQUADAMENTE FIXADOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1(...). **2. A teor do disposto no art. 67 do Código Penal e da jurisprudência pacificada no âmbito do Excelso Tribunal, a circunstância agravante da reincidência, como preponderante, prevalece sobre a confissão. Assim, inviável a compensação pleiteada pelo recorrente, demonstrando-se escorreita a pena fixada pelo d. juízo sentenciante. Precedentes desta Turma Recursal. (...). (Acórdão n.819839, 20130310068174APJ, Relator: LUIS MARTIUS HOLANDA BEZERRA JUNIOR, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Julgamento: 26/08/2014, Publicado no DJE: 19/09/2014. Pág.: 239). Grifo nosso.**

Segundo a Ministra Cármen Lúcia, em voto no julgamento do HC 111849, a confissão espontânea não está atrelada à personalidade do agente, pois é ato posterior ao cometimento do crime e de interesse pessoal e conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. 1. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA EM CONCURSO COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRECEDENTES. 2. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO EM

HARMONIA COM O ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º, DO CÓDIGO PENAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. **1. A reincidência é circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea. Precedentes. 2. A confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente.** 3. Regime inicial fechado fixado de forma adequada, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do Código Penal, em razão da quantidade da pena aplicada, das condições pessoais do Paciente e da reincidência. 4. Ordem denegada. (HC 111849, Relator(a): **Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 02/10/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-207 DIVULG 19-10-2012 PUBLIC 22-10-2012**). Grifo nosso.

O Ministro Ayres Britto, por sua vez, alcançou uma diferente compreensão das coisas, pois em data anterior, no julgamento do HC 102.486, havia acompanhado o entendimento da relatora, Ministra Cármen Lúcia, entendendo que a confissão não estava atrelada à personalidade do agente por ser fato posterior ao cometimento do crime. Ayres Britto, interpretando que a confissão está ligada a personalidade do agente, afirmou que:

[...] não se pode perder de vista o caráter individual dos direitos subjetivo-constitucionais em matéria penal. E como o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte, todo instituto de direito penal que se lhe aplique – pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos – há de exibir o timbre da personalização. Quero dizer: tudo tem que ser personalizado na concreta aplicação do direito constitucional-penal, porque a própria Constituição é que se deseja assim orteguianamente aplicada (na linha do “Eu sou eu e minhas circunstâncias”, como sentenciou Ortega Y Gasset). E como estamos a cuidar de dosimetria da pena, mais fortemente se deve falar em personalização. Nessa moldura, penso que a assunção da responsabilidade pelo fato-crime, por aquele que tem a seu favor o direito a não se auto-incriminar, revela a consciência do descumprimento de uma norma social (e de suas consequências), não podendo, portanto, ser dissociada da noção de personalidade”. (HC n. 101.909/MG - 28/2/2012).

De se destacar, ainda, que Nucci (2014, p. 415) mudou seu posicionamento quanto à questão, admitindo agora a compensação entre a confissão espontânea e a reincidência. O motivo, segundo o doutrinador, é baseado no princípio constitucional do *in dubio pro reo*, pois durante a “atividade judicante notamos a carência de provas e dados para detectar quando

a confissão espontânea seria fruto da personalidade positiva do agente - e quando seria por outros fatores (*idem*)”.

Ainda longe de chegar a qualquer consenso sobre a questão, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, pelo que parece, criou um requisito para aplicar a compensação da confissão espontânea com a reincidência, firmando orientação de que só ocorrerá a compensação total quando o réu possuir apenas uma condenação transitada em julgado. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MULTIREINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.(...). **2. A Eg. Quinta Turma deste Colendo STJ firmou orientação no sentido da possibilidade da compensação total quando o réu possui uma só condenação transitada em julgado, o que não ocorre no caso dos autos em que se trata de acusado multireincidente. (...).** (AgRg no REsp 1425003/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, **julgado em 07/08/2014**, DJe 14/08/2014). Grifo nosso.

Assim, é possível constatar que o Supremo Tribunal Federal adota entendimento de a confissão espontânea não está atrelada à personalidade do agente, sendo a reincidência, portanto, preponderante sobre a confissão espontânea. Seguindo entendimento contrário, o Superior Tribunal de Justiça criou um requisito para aplicação da compensação da confissão espontânea com a reincidência, exigindo a existência de uma única condenação, a título de reincidência, para determinar a compensação das mencionadas circunstâncias. As turmas recusais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios adotaram o entendimento do Supremo Tribunal Federal, enquanto as turmas criminais apresentam julgados em ambos os sentidos, apesar de ser preponderante o entendimento de que a confissão não está atrelada à personalidade do agente.

7. Repercussão na pena

A divergência de entendimento traz reflexos diretos na aplicação da pena e do regime de cumprimento da reprimenda. Para melhor compreensão da questão da repercussão na pena privativa de liberdade do réu, sugerimos a análise de um caso hipotético, sem análise da pena de multa.

Entendimento de que a confissão espontânea está atrelada à personalidade do agente: considere que X, réu confesso e reincidente, responde crime de roubo (artigo 157, *caput*, do Código Penal) que prevê pena de reclusão de 4 a 10 anos e multa. Quanto às circunstâncias judiciais e causas de aumento e diminuição de pena, nada a ser considerado. Caso o entendimento seja que a confissão espontânea é circunstância atrelada à personalidade do agente, a pena será fixada da seguinte forma: na primeira fase, nada a considerar, pena-base fixada em 4 anos de reclusão. Na segunda fase, presente a circunstância atenuante de confissão espontânea e agravante de reincidência. Aplicação do artigo 67 do Código Penal, as circunstâncias são compensadas, não há aumento ou diminuição da pena. Na terceira fase, nada a considerar. Logo, a pena privativa de liberdade definitiva é fixada em 4 anos de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, conforme dispõe o artigo 33, § 2º, alínea “b”, do Código Penal, e o enunciado de súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto (*sic*) aos reincidentes condenados a (*sic*) pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”.

Entendimento diverso: a confissão espontânea não está atrelada à personalidade do agente. A pena privativa de liberdade será fixada da seguinte forma: na primeira fase, nada a considerar, pena-base fixada em 4 anos de reclusão. Na segunda fase, presente a circunstância atenuante de confissão espontânea e agravante de reincidência. Aplicação do artigo 67 do Código Penal, a agravante de reincidência prepondera sobre a atenuante de confissão espontânea – pena aumentada em 8 meses (em razão do condenado ser reincidente) e diminuída em 6 meses (em razão da confissão espontânea do crime). Pena estabelecida, na segunda fase, em 4 anos e 2 meses de reclusão. Na terceira fase, nada a considerar. Logo, a pena privativa de liberdade definitiva é fixada em 4 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea “b”, do Código Penal e conforme julgados do Superior Tribunal de Justiça (HC 302.085/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, **julgado em 07/10/2014**, DJe 23/10/2014 e AgRg nos EDcl no REsp 1367856/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, **julgado em 04/09/2014**, DJe 19/09/2014).

Convém observar que a aplicação da pena quando ocorre o concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes não é padronizado, por isso, neste último caso, poderia o julgador

apenas aumentar a pena, por exemplo, em dois meses, sem mencionar o aumento de 8 meses e a diminuição de 6 meses.

Notadamente, a compensação é mais benéfica ao réu reincidente. Porém, igual sorte não socorre o réu confesso primário que é desprivilegiado em face de réu confesso e reincidente quando aplicada a compensação da reincidência com a confissão espontânea. O desprivilegio se dá pela possibilidade do réu confesso primário ser apenado com a mesma pena do réu confesso reincidente. Com os mesmos dados do caso hipotético acima mencionado (réu condenado pelo crime de roubo - artigo 157 do Código Penal. Circunstâncias judiciais e causas de aumento, nada a considerar) é possível constatar a possibilidade de tal ocorrência, basta, agora, verificar a pena do réu confesso primário.

Na fixação da pena na primeira fase, a pena será fixada no mínimo legal, ou seja, 4 anos de reclusão. Na segunda, mesmo presente a atenuante de confissão espontânea, a pena será mantida em 4 anos, tendo em vista o disposto no enunciado de súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça (*in verbis*: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”). Assim, ausente causas de aumento e diminuição, a pena do réu confesso primário será definitivamente fixada em 4 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto (artigo 33, § 2º, alínea “b”, do Código Penal, cominado com o enunciado de súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça).

É certo que tal situação não se dá, necessariamente, pela compensação da reincidência com a confissão espontânea, mas sim, e também, pelo enunciado da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. O que não se pode deixar de notar é o desprivilegio que o réu confesso primário que, pelo menos teoricamente, não é criminoso contumaz sofre em relação àquele que é reincidente.

Considerações finais

Inicialmente, para melhor compreensão do tema abordado, definiu-se os termos: circunstâncias agravantes e atenuantes, reincidência, confissão espontânea, concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes e personalidade do agente. Em seguida, abordou-se a discussão do tema e a divergência jurisprudencial atualmente existente. Verificou-se, ainda, a repercussão na pena do réu quando da aplicação da preponderância da reincidência sobre a

confissão espontânea e da compensação entre ambos, trazendo ao final, neste momento, a conclusão do trabalho.

Ao longo da pesquisa do concurso entre a confissão espontânea e a reincidência foi possível perceber que discussão principal, na verdade, não está relacionada ao concurso com a reincidência, tendo em vista que esta, por expressa disposição legal, é circunstância preponderante. A reincidência, até o momento, é a única circunstância agravante levada aos tribunais em concurso com a confissão espontânea. A discussão principal e controvertida é estabelecer se confissão espontânea está atrelada à personalidade do agente, que é circunstância preponderante.

A discussão se mostrou de difícil análise, pois, conforme demonstrado, a divergência de entendimento entre os julgadores e doutrinadores é grande, inclusive destacando a mudança de posicionamento do Guilherme de Souza Nucci.

A definição do termo espontaneidade é imprescindível para se estabelecer se a confissão é mera conduta objetiva. Para doutrinadores como Mirabete, Jesus e Nucci, a confissão espontânea não é uma conduta meramente objetiva, pois o termo espontaneidade significa a existência de um motivo moral que leve o réu a confessar o crime. Greco, entretanto, apesar de definir espontaneidade, ao tratar da desistência voluntária, como a exigência de um motivo, considera a confissão espontânea uma mera conduta objetiva. Para estes doutrinadores, ato espontâneo é diferente de ato voluntário.

O entendimento de Greco de que a confissão espontânea é uma conduta meramente objetiva se mostrou mais plausível, pois o artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, não exige que a confissão seja realizada por um motivo moral. O único requisito é que a confissão seja espontânea, devendo este termo (espontânea) ser entendido como ato voluntário, ou seja, sem qualquer coação física e/ou moral. Assim, apesar da distinção que os doutrinadores, acima citados, fazem do termo espontaneidade com voluntariedade, a definição apresentada por Avena, além de mais aceitável, é corroborada pelo dicionário Aurélio.

Ora, não se mostra razoável exigir do réu um motivo moral para que o mesmo confesse o crime e tenha sua pena reduzida, até porque tal exigência se mostra de difícil constatação. O que realmente importa é dá certeza, ao julgador, da autoria e materialidade do crime, suas circunstâncias, motivos, envolvidos, etc.

Importante destacar, ainda, que a confissão, muitas vezes, contribui de maneira significativa para elucidação do crime, colaborando com a própria condenação do réu, sendo injusto não reconhecer a atenuante em razão de um desejo íntimo do réu que dificilmente pode ser averiguado.

Desse modo, concluiu-se que a confissão espontânea, além de ser uma conduta meramente objetiva, é ato posterior ao cometimento do crime, que ocorre por conveniência e interesse pessoal do réu na diminuição de sua reprimenda, não estando, assim, atrelada à personalidade do agente.

Esclareça-se, entretanto, a importância do julgador pautar-se na contribuição do réu na elucidação do crime, verificando, por exemplo, se a confissão foi total ou parcial para estabelecer o aumento que deve ser aplicado na segunda fase da dosimetria da pena - no caso de concurso da confissão com a reincidência, pois sendo reincidente, a aplicação de um aumento exagerado apenas desestimularia a confissão. O julgador, por exemplo, poderia aplicar um aumento de oito meses em razão da reincidência e uma diminuição de sete meses em razão da contribuição da confissão do réu. Desta forma, estaria a reincidência preponderando sobre a confissão espontânea e, ao mesmo tempo, sendo atribuída uma “premiação” significativa pela confissão. De igual modo, a natureza dos crimes anteriormente praticado – dolosos/culposos, se foram cometidos com violência ou grave ameaça, etc., também devem ser levados em consideração no momento da aplicação do artigo 67 do Código Penal.

Quanto ao aparente requisito (existência de uma única condenação a título de reincidência para compensação) criado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, constatou-se que a questão se mostrou dissociada do entendimento, do próprio tribunal, de que a confissão está atrelada à personalidade do agente. Se a confissão, segundo o Tribunal, é circunstância atrelada à personalidade do agente, não se poderia analisar o número de condenações, a título de reincidência, que o réu possui para estabelecer sua relação com a personalidade.

O elevado número de condenações deve servir, apenas, de parâmetro para o julgador estabelecer o *quantum* de pena deve ser aumentado, seja a título de reincidência, seja a título de mau antecedente. Como o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que a confissão espontânea e a reincidência são circunstâncias igualmente preponderantes, após reservar uma condenação a título de reincidência, que será compensada na segunda fase, deve

considerar as demais condenações a título de maus antecedentes, verificando, em razão do número de condenações, como já dito, o *quantum* de pena deve ser aumentado.

Referências

ARBENZ, Guilherme Oswaldo. *Compêndio de medicina legal*. Rio de Janeiro – São Paulo: Livraria Atheneu, 1983.

AVENA, Noberto. *Processo penal esquematizado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2012.

AURÉLIO, Buarque de Holanda Ferreira; coordenação de edição, Margarida dos Anjos, 4ª ed. rev. Ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

FIORELLI, José Osmir, MANGINI, Rosana Cathya Rogazzoni. *Psicologia jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GALVÃO, Paulo Murilo. *Aulas de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Método, 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 11ª ed. Niterói: Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 12ª ed. Niterói: Impetus, 2010.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*, v. 1: parte geral/Damásio de Jesus. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MATIA-PEREIRA, Jose. *Manual de metodologia de pesquisa científica*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado: estudo integrado com o processo e execução penal: apresentação esquematizada da matéria: jurisprudência atualizada*. 14ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PINHEIRO, Carla; coordenação José Fábio Rodrigues Maciel. São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção direito vivo).

Referências da Internet

Brasil, 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984. Acesso em: 10 de novembro de 2014.

Brasil, 1941. Código de Processo Penal. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2014.

Brasil, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10 de novembro de 2014.

Brasil, 1941. Lei de Contravenções Penais. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2014.

Brasil, 2014. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 10 de novembro de 2014.

Brasil, 2014. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 de novembro de 2014.

Brasil, 2014. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 10 de novembro de 2014.

Faculdades Integradas Promove de Brasília. *Template de Artigo Científico*. p. 1- 3. 2014. Disponível em: <<http://www.faculdadepromove.br/brasil/biblioteca>>. Acesso em: 10 de outubro 2014.

Artigo submetido à *Virtù: Direito e Humanismo*, recebido em 15 de junho de 2015. Aprovado em 5 de março de 2017. A construção argumentativa, a adequada utilização do referencial bibliográfico, as opiniões e as conclusões são de responsabilidade da autora.