
Compensação Automática da Reincidência com a Confissão Espontânea: Ameaça à Concretização do Princípio da Individualização da Pena

Ana Cláudia de Souza Valente

Analista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Assessora Jurídica da 9ª Procuradoria de Justiça Criminal. Pós-Graduada em Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Bacharel em Administração Pública pela Universidade de Brasília.

Resumo: O tema em referência emana da recente alteração jurisprudencial, firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, acerca da possibilidade de compensação entre a circunstância agravante da reincidência e a circunstância atenuante da confissão espontânea, por considerá-las ambas circunstâncias preponderantes. A questão trazida para reflexão preocupa o sistema jurídico brasileiro no tocante à escolha e à aplicação da pena imposta ao condenado, especialmente sob a ótica garantista trazida por Luigi Ferrajoli, no sentido de que, para se alcançar a legitimação do poder punitivo do Estado, deve-se partir da limitação dos espaços de discricionariedade atribuídos à função judicial, principalmente no momento de estabelecer a qualidade e a quantidade da pena adequada a cada delito, evitando insegurança jurídica. O problema científico levantado, portanto, questiona se a compensação automática entre a reincidência e a confissão espontânea feriria o princípio da proporcionalidade e a sua derivação quanto à individualização da pena. A hipótese inicial é a de que a aludida alteração jurisprudencial é manifestamente contrária ao disposto no ordenamento jurídico pátrio, merecendo a criação de critérios objetivos e subjetivos que possam permitir a compensação em atenção ao princípio da individualização da pena.

Palavras-chave: Reincidência. Confissão. Proporcionalidade. Individualização da pena. Compensação.

Sumário: Introdução. 1 O Modelo Garantista. 2 O Princípio da Proporcionalidade e a Ponderação de Resultados no Modelo Garantista. 3 Da Necessidade de Individualização da Pena. 4 Da

Agravante da Reincidência. 5 Da Atenuante da Confissão Espontânea. 6 A Decisão do Superior Tribunal de Justiça. 7 Compensação Contida. 8 Conclusão. Referências.

Introdução

O presente artigo trata da recente mudança de posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça em relação à dosagem da pena corporal imposta ao condenado, quanto à possibilidade de compensação automática entre a circunstância agravante da reincidência e a circunstância atenuante da confissão espontânea, na segunda fase da dosimetria da pena, em oposição dos discursos jurídicos anteriores que vedavam essa benesse ao réu, por objeção expressa do art. 67 do Código Penal, que impossibilita a compensação de qualquer circunstância atenuante e agravante com as chamadas circunstâncias preponderantes, tais como os motivos determinantes do crime, a personalidade do agente e a reincidência.

A hipótese científica sugere ser temerária a compensação automática entre as circunstâncias em apreço, especialmente quando a compensação se fizer com base exclusiva em ementas de acórdãos que muitas vezes não refletem a realidade do caso concreto apreciado, porque tal entendimento andaria na contramão do conteúdo inserto no princípio da proporcionalidade e no da individualização da pena — art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal —, merecendo serem criados critérios prévios objetivos e subjetivos que limitem a discricionariedade dos magistrados e

possibilitem a concessão da compensação somente quando forem atendidos, na linha da teoria garantista.

Para facilitar a compreensão do texto, a abordagem desenvolve-se em sete tópicos, sendo que a revisão teórica dos três primeiros tópicos trilha o caminho principiológico que fundamenta o modelo garantista, especificamente o princípio da legalidade, da proporcionalidade, corolário do princípio da individualização da pena e da retributividade na responsabilidade pessoal, como base para a tomada de decisões no âmbito penal, mormente na escolha da sanção adequada à espécie. Em seguida, nos próximos dois tópicos são situadas no contexto penal de ambas as circunstâncias, isto é, a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Após, foi inserido um tópico específico sobre a decisão do Superior Tribunal de Justiça, modificativa do entendimento anterior, que impossibilitava a compensação entre a reincidência e a confissão espontânea, para, somente ao final do último tópico, se confirmar a hipótese da impossibilidade de compensação automática entre aquela agravante e atenuante.

A inquietação sobre o tema surgiu da experiência profissional obtida na análise de processos criminais no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. A vivência diária no processo penal levou ao questionamento acerca do limite da discricionariedade dos magistrados na prolação de sentenças e o alcance de suas decisões para os jurisdicionados, de sorte que posições massificadas merecem especial cuidado a fim de não se ferir a individualização da pena.

1 O Modelo Garantista

O modelo garantista clássico se fundamenta nos princípios da legalidade estrita, da materialidade e da lesividade dos delitos, da responsabilidade pessoal, do contraditório entre as partes e da presunção de inocência, configurando um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade (FERRAJOLI, 2010, p. 37-38).

O desvio punível é aquele formalmente indicado pela lei como pressuposto necessário para a aplicação de uma pena excluindo as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente orientada para as pessoas. Desse modo, urgem dois efeitos fundamentais da teoria clássica do direito penal e da civilização jurídica liberal: a garantia de que será punível somente o que está proibido na lei, nada do que a lei não proíba é punível e a presença de igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei (FERRAJOLI, 2010, p. 39-40).

A legalidade estrita, porém, não tem o condão de resolver todos os casos levados a efeito ao Poder Judiciário, merecendo atenção a chamada estrita jurisdicionalidade (cognitivismo processual), ocasião em que o julgador irá proceder ao juízo penal da hipótese acusatória, a partir da verificação das provas e exposição da refutação da defesa, permitindo-se certo grau de discricionariedade na valoração dos fatos contendo indeterminações de suas definições legais (FERRAJOLI, 2010, p.

40-41), como é o caso da confissão espontânea, tida como traço marcante do condenado, apta a configurar personalidade positiva do réu e, conseqüentemente, passível de compensação com a agravante da reincidência¹.

A ilustração do modelo garantista pautado na legalidade estrita e no cognitivismo processual é, assim, utópico, pois o juiz não pode ser visto como uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, mesmo que os fatos não se adaptem perfeitamente a elas. Para Ferrajoli (2010), a ideia de um silogismo judicial perfeito, que permita a verificação absoluta dos fatos legalmente puníveis, corresponde a uma ilusão metafísica, de modo que no processo se exigem, inevitavelmente, decisões dotadas de margens mais ou menos amplas de discricionariedade (FERRAJOLI, 2010, p. 42). Diante disso, afirma Ferrajoli (2010) que:

[...] por mais aperfeiçoado que esteja o sistema de garantias penais, a verificação jurídica dos pressupostos legais da pena nunca pode ser absolutamente certo e objetiva. A interpretação da lei, como hoje pacificamente se admite, nunca é uma atividade exclusivamente recognitiva, mas é sempre fruto de uma escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas. Esta escolha, mais ou menos opinativa segundo o grau de indeterminação da previsão legal, se esgota inevitavelmente no exercício de um poder na indicação ou qualificação jurídica dos fatos julgados. (FERRAJOLI, 2010, p. 42).

1 Interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à confissão espontânea.

Diante do garantismo de Ferrajoli (2010), a hipótese sustentada é a de que a mencionada discricionariedade, principalmente no campo penal, não pode ser ilimitada, mas sim vinculada a cada caso concreto analisado pelo Poder Judiciário, afastando-se qualquer hipótese de imposição automática de caráter eminentemente qualitativo, como seria no caso da compensação entre a confissão espontânea e a reincidência.

A atividade de julgar é a interpretação equitativa do fato legalmente tipificado, isto é, se duas hipóteses de delito têm igual enquadramento legal e diversa conotação judicial, a única forma de respeitar a sua igualdade e, ao mesmo tempo, a sua diferença é que tenham penas iguais quanto ao tipo e diversas quanto à medida (FERRAJOLI, 2010, p. 372).

2 O Princípio da Proporcionalidade e a Ponderação de Resultados no Modelo Garantista

O princípio da proporcionalidade é uma exigência substancial do Estado de Direito no sentido de exercício moderado de seu poder. Nesse ponto, não só a função jurisdicional, como também a função legiferante, encontram-se limitadas aos valores constitucionais (STUM, 1995, p. 83). Nesse sentido, a garantia estampada no princípio da individualização da pena que, de certa forma, limita a liberdade do julgador no momento da fixação da pena ao condenado, impedindo-o de agir tão somente de acordo com suas convicções pessoais.

O caráter convencional e legal do nexu retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade

e da quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz em relação à natureza e à gravidade do outro. O princípio da proporcionalidade expressado na antiga máxima *poena debet commensurari delicto* é um corolário dos princípios de legalidade e de retributividade, que tem nestes seu fundamento lógico e axiológico (FERRAJOLI, 2010, p. 366).

A restrição de direitos e o alcance do equilíbrio na concessão dos poderes, privilégios e benefícios do réu, pelo magistrado, encontram eco na aplicação do princípio da proporcionalidade que, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica emanada das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p.143), conceitos que sem dúvida devem nortear a atuação do juiz na aplicação da pena ao condenado.

A colisão entre bens ou valores igualmente protegidos, como no caso das circunstâncias preponderantes da personalidade e da reincidência, disponíveis no art. 67 do Código Penal, pode ser resolvida de modo justo e equilibrado a partir da ideia indissociável da ponderação de bens, da adequação e da necessidade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 143) dentro do caso concreto.

O princípio da proporcionalidade constitui objetivamente requisito para a ponderação de resultados diante da diversidade de significação ou pluralismo de ideias contida no sistema jurídico (STUM, 1995, p. 81), bem como orienta o magistrado na aplicação do princípio da individualização da pena quando a elege em face

do condenado, limitando a margem de discricionariedade judicial. Deve o magistrado cuidar para não se converter em legislador, pois o aludido princípio permite que o juiz supra a deficiência democrática da política que criou a norma, mensurando os valores subjacentes a ela, mas não autoriza criações jurídicas que ultrapassem o caso particular, pois veda-se a substituição da norma jurídica em sentido estrito (STUM, 1995, 83).

O princípio da proporcionalidade pretende ser um instrumento de ponderação e, aliado ao princípio da legalidade, pretende evitar o exercício arbitrário, excessivo e desnecessário do poder punitivo estatal. Por tal motivo, o princípio da proporcionalidade não pode ser visto como instrumento de exercício de poder, mas antes deve assegurar que se observe a proporção entre a sanção penal e a gravidade do fato (LIMA, 2012, p. 56).

Não se pode olvidar da necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade como mecanismo para, na escolha da sanção penal, se fazer um juízo de ponderação em cada caso levado a efeito ao Poder Judiciário, na esteira da linha garantista, não devendo prevalecer o disposto em uma norma isolada, mas sim serem analisadas todas as circunstâncias que envolvem o caso, a fim de se encontrar a justa medida da pena. Nesse sentido, Raquel Stum alude que “o juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins” (STUM, 1995, p. 82).

Manoel Ferreira Filho (2010) vai além: aduz que a solução para conflitos ou colisão de direitos está, antes de tudo, na procura pela conciliação, a fim de que o direito de um não sacrifique direito de outrem e, somente se impossível a referida conciliação, é que o juízo de ponderação seria indicado para preferir ao direito que mais diretamente esteja em causa (FERREIRA FILHO, 2010, p. 95-96). O princípio da proporcionalidade resvala-se, portanto, na ponderação de resultados para legitimar-se e ramifica-se na individualização da pena na busca pela sanção adequada à espécie criminal.

3 Da Necessidade de Individualização da Pena

O princípio da individualização da pena é expressão do princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, Maurício Antônio Ribeiro Lopes afirma que:

A graduação da sanção penal se faz tendo como parâmetro a relevância do bem jurídico tutelado e a gravidade da ofensa contra ele dirigida e deve ser fixada, pois, tanto na espécie e no quantitativo que lhe sejam proporcionais. (LOPES, 1997, p. 66).

O princípio da individualização das penas, assim, caminha juntamente com o princípio da proporcionalidade, estando inserto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal², a expressar o valor

2 “XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
a) privação ou restrição da liberdade;
b) perda de bens;
c) multa;

“indivíduo”, impedindo que se ignorem as diferenças (BOSHI, 2004, p. 69). Esse postulado não está restrito apenas ao processo de fixação *in abstracto* por parte do legislador e *in concreto* por parte do juiz, quando da aplicação da pena, mas abrange também a própria execução da pena (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p.658), aduzindo a necessidade e importância de atribuir a cada condenado a pena adequada no seu julgamento.

Individualiza-se a pena precisamente porque cada acusado é um, e cada fato se reveste de singularidades próprias e não repetíveis (BOSHI, 2004, p. 69). Nesse sentido, Alexandre de Moraes (2007) ensina que:

[...] o princípio da individualização da pena exige estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja suas finalidades de prevenção e repressão. Assim, a imposição da pena depende do juízo individualizado da culpabilidade do agente (censurabilidade de sua conduta). (MORAES, 2007, p. 276).

Individualizar a pena significa aplicar a determinado agente a resposta penal necessária e suficiente para reprimir e prevenir o crime (BOSHI, 2004, p. 69), ou ainda particularizar o que antes era genérico, fugindo de uma padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-

-
- d) prestação social alternativa;
 - e) suspensão ou interdição de direitos.”

estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto (NUCCI, 2011b, p. 36).

Portanto, delimitar qualitativa e quantitativamente as penas na sentença é exercer atividade destinada à medição da culpabilidade para a conseqüente quantificação da reação do Estado contra o crime e criminoso, tendo em conta determinado fato e determinado infrator (BOSHI, 2004, p. 70), a partir da exposição de minuciosa fundamentação que indique os fatores que definiram a sanção penal, a fim de possibilitar não apenas a concretização dos princípios da ampla defesa e do contraditório, como também da proporcionalidade e individualização da pena, de sorte que qualquer solução automática se mostra temerária para a concretude desses princípios.

A garantia da individualização mediante a consideração de todas as particularidades do caso concreto e da equivalente culpabilidade do autor, de modo a preservar-se, no contexto das diferenças, o limite extremo de responsabilização pelo fato, enseja a realização pelo Estado da justiça distributiva, naquele sentido proposto por Aristóteles, de divisão das honras, dos bens, dos impostos, dos cargos e das funções a cada um, nas porções consentâneas ao mérito pessoal (BOSHI, 2004, p. 71).

Diz-se que, ao aplicar a pena, o magistrado faz justiça distributiva, porque ao responsabilizar os autores do fato, ele não pode desprezar as diferenças que fazem de cada um “um indivíduo” (BOSHI, 2004, p. 71). A individualização da pena surge para que cada réu seja individualmente considerado,

levando em consideração todas as circunstâncias que envolvem o caso concreto e a pessoa do condenado, evitando a fixação de penas desarrazoadas e desproporcionais.

4 Da Agravante da Reincidência

No âmbito judicial, a individualização da pena constitui atividade privativa do magistrado que irá mensurar a pena dentro dos limites impostos pelo legislador, num sistema conhecido como trifásico e, após, presidirá o processo executório da pena que vier a ser concretizada (BOSHI, 2004, p. 70).

O método trifásico está previsto no art. 68 do Código Penal³, por meio do qual se impõe ao magistrado que primeiro busque a pena-base a partir da análise das circunstâncias judiciais inseridas no art. 59 do Código Penal⁴, após defina a pena provisória ao considerar as circunstâncias agravantes e atenuantes e, por fim, indique a pena definitiva considerando as causas de aumento e diminuição de pena.

As circunstâncias agravantes são aquelas “reveladoras de particular culpabilidade do agente, que aumentam a reprovação que a ordem jurídica faz pesar sobre ele, em razão de seu crime”

3 “Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.”

4 “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.”

(BRUNO, 1959), nos termos da redação do art. 61 do Código Penal, entre elas a reincidência.

Historicamente, a reincidência, conforme remissão do penalista Guilherme Nucci (2011b) à doutrina italiana:

[...] passou a ser considerada como circunstância de elevação da pena a partir da segunda metade do Século XVIII, enfrentando, no início a resistência daqueles que possuíam visão exclusivamente retributiva da pena, afinal, para essa posição, a sanção penal deve guardar absoluta proporcionalidade com o crime, pouco importando o que o agente fez anteriormente. Ocorre que, com o passar do tempo, a reincidência afirmou-se como causa para aumentar a pena, uma vez que se passou a levar em consideração o caráter preventivo especial da sanção penal, notando-se que a pena anterior seria insuficiente, motivo pelo qual o autor tornou a delinquir (reincidência), necessitando, pois, de pena mais severa. (NUCCI, 2011b, p. 191).

Conforme art. 63 do Código Penal brasileiro, 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. Admite-se, ainda, no caso das contravenções penais, quando o autor tiver sido anteriormente condenado com trânsito em julgado por ter praticado uma contravenção penal.

A exacerbação da pena justifica-se plenamente para aquele que, punido anteriormente, voltou a delinquir, demonstrando com sua conduta criminosa que a sanção normalmente aplicada se mostrou insuficiente para intimidá-lo ou recuperá-lo. Considera-se que há, inclusive, um índice maior de censurabilidade na conduta do agente que reincide (MIRABETE, 2012, p. 293), sendo

proporcional e razoável a aplicação de uma sanção corporal maior àquele que descumpra a ordem jurídica seja praticando crimes diversos, seja delinquindo sempre na mesma espécie criminal.

5 Da Atenuante da Confissão Espontânea

A circunstância atenuante da confissão espontânea, assim como a reincidência, também é valorada na 2ª fase da dosimetria da pena. Confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso (NUCCI, 2010, p. 76).

A confissão para valer como meio de prova precisa ser voluntária, ou seja, livremente praticada, sem coação. Entretanto, para servir de circunstância atenuante, deve ser ainda espontânea, vale dizer, sinceramente desejada, de acordo com o íntimo do agente. Não é possível que o réu se beneficie de uma circunstância legal pra amenizar sua pena se houver agido sem qualquer espontaneidade, apenas para locupletar-se de algum benefício legal (NUCCI, 2011b, p. 498). Do contrário, estar-se-ia beneficiando réus que, de má-fé, assumem a prática delitiva não para colaborar com a justiça, verdadeiro espírito da confissão espontânea, mas porque sabem que a absolvição, diante das provas colhidas no curso da instrução não seria a tese acolhida, e a confissão seria a única manobra defensiva apta para tentar diminuir sua pena.

Espontaneidade não pode ser reduzida a mera iniciativa do agente. A espontaneidade somente tem sentido no contexto da sinceridade de propósito e não superficialmente no âmbito da iniciativa de agir (NUCCI, 2011b, p. 498). Trata-se de um elemento subjetivo a ser analisado no caso concreto juntamente com a circunstância agravante da reincidência, elemento objetivo, que indica maior reprovabilidade na conduta do agente, ponderando-se o resultado na busca de uma sanção adequada à luz do modelo garantista.

A doutrina afirma que não se deve admitir o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea se realizada a admissão da culpa apenas como o intuito de obter o reconhecimento de alguma excludente de ilicitude ou culpabilidade (confissão qualificada), se, ao final da instrução processual, o autor não tiver narrado a verdade dos fatos, mas demonstrado insinceridade, pois não facilitou a descoberta da verdade, ao contrário, provocou confusão no curso da investigação e não colaborou com a justiça (NUCCI, 2011b, p. 226).

6 A Decisão do Superior Tribunal de Justiça

Havia se consolidado, nas Cortes brasileiras, diante de uma interpretação gramatical obtida da leitura do art. 67 do Código Penal, o entendimento de que a circunstância agravante da reincidência deveria preponderar sobre a circunstância atenuante da confissão espontânea, porque esta não era igualada à boa personalidade do agente, merecendo maior reprovação social

a conduta daquele que reitera na prática criminosa em relação àquele que confessa a prática delitiva.

Mas após dissídio jurisprudencial emplacado entre a 5ª e 6ª Turma Criminal do Superior Tribunal de Justiça, a 3ª Sessão daquele órgão julgador decidiu recentemente rever a posição jurisprudencial anterior e entendeu ser possível a compensação da reincidência com a confissão espontânea, por as considerarem igualmente preponderantes, indicando que a confissão do réu traduziria personalidade positiva, a teor da ementa abaixo colacionada:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

1. Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes.
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.
3. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local. (REsp 1.154.752/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/09/2012).

Os argumentos jurídicos usados para se admitir a compensação foram o peso considerável da confissão espontânea no âmbito do processo penal, especialmente porque ela acarretaria

maior economia e celeridade processual pela dispensa da prática de atos que pudessem ser considerados desnecessários para o deslinde da questão.

Ademais, a confissão espontânea acarretaria maior segurança material e jurídica ao conteúdo do julgado, pois a condenação reflete de maneira inequívoca a verdade real. Outro argumento estaria na suposta antinomia de termos no Código Penal, pois o art. 65 desse diploma legal diz que as circunstâncias atenuantes sempre atenuam as penas e o art. 67 do mesmo Código diz que algumas agravantes preponderam sobre atenuantes, gerando, assim, certa contradição.

Além disso, a 3ª Sessão do Superior Tribunal de Justiça entendeu ser necessário observar a *quaestio* constitucional inserida nesse debate jurídico, pois confessar é ato de escolha do réu de abdicar a proteção constitucional para praticar ato contrário ao seu interesse processual e criminal, isto é, seu direito ao silêncio, demonstrando personalidade voltada à assunção da responsabilidade penal.

Por último, entendeu o Eg. Superior Tribunal de Justiça que o ato de não se considerar a confissão espontânea para fins de compensação com a reincidência, feriria uma tal de lógica jurídica, posto que não seria razoável que leis esparsas (Lei sobre drogas, Lei sobre crimes hediondos, Lei sobre proteção à testemunha, Lei sobre repressão à organizações criminosas) previssem sensível redução de pena para delação premiada e a confissão espontânea não fosse valorada.

Nestes termos o Superior Tribunal de Justiça considerou que a atenuante genérica da confissão espontânea e a agravante genérica da reincidência são igualmente preponderantes, nos termos do artigo 67 do Código Penal, porquanto a primeira diz respeito à personalidade (capacidade do agente assumir seus erros e suas consequências) e a segunda é assim prevista expressamente, tendo sido citado, inclusive, posição do Supremo Tribunal Federal teoricamente no mesmo sentido, quando do julgamento do HC n. 101.909/MG (28/2/2012):

EMENTA: HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. CONCURSOS DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES. PREPONDERÂNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Constituição Federal assegura aos presos o direito ao silêncio (inciso LXIII do art. 5º). Nessa mesma linha de orientação, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de São José da Costa Rica) institucionaliza o princípio da “não-auto-incriminação” (nemo tenetur se detegere). Esse direito subjetivo de não se auto-incriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não-culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal). A revelar, primeiro, que o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégia oportuna de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado.

2. A presunção de não-culpabilidade trata, mais do que de uma garantia, de um direito substantivo. Direito material que tem por conteúdo a presunção de não-culpabilidade. Esse o bem jurídico substantivamente tutelado pela Constituição; ou seja, a

presunção de não-culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional. Logo, o direito à presunção de não-culpabilidade é situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência.

3. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que não se pode relacionar a personalidade do agente (ou toda uma crônica de vida) com a descrição, por esse mesmo agente, dos fatos delitivos que lhe são debitados (HC 102.486, da relatoria da ministra Cármen Lúcia; HC 99.446, da relatoria da ministra Ellen Gracie). Por outra volta, 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.

4. Nessa ampla moldura, 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.

5. No caso concreto, a leitura da sentença penal condenatória revela que a confissão do paciente, em conjunto com as provas apuradas sob o contraditório, embasou o juízo condenatório. Mais do que isso: as palavras dos acusados (entre eles o ora paciente) foram usadas pelo magistrado sentenciante para rechaçar a tese defensiva de delito meramente tentado. É dizer: a confissão do paciente contribuiu efetivamente para sua condenação e afastou as chances de reconhecimento da tese alinhavada pela própria defesa técnica (tese de não consumação do crime). O que reforça a necessidade de desembaraçar o usufruto máximo à sanção premial da atenuante. Assumindo para com ele, paciente, uma

postura de lealdade (esse vívido conteúdo do princípio que, na cabeça do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade).

6. Ordem concedida para reconhecer o caráter preponderante da confissão espontânea e determinar ao Juízo Processante que redimensione a pena imposta ao paciente. (HC n. 101.909/MG, 28/2/2012).

Destaque-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal considerou um caso específico para possibilitar a compensação, totalmente distinto daquele precedente do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que efetivamente a confissão espontânea, no caso gerador daquela decisão judicial, teve peso na formação da culpa e da responsabilidade criminal, afastando, inclusive a tese defensiva de que se tratava de crime tentado e não consumado.

Na realidade, o Pretório Excelso, tanto por intermédio da Primeira como da Segunda Turma, tem afirmado que a confissão espontânea seria 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 (HC n. 106.113/MT, Ministra Cármen Lúcia, DJe 1º/2/2012). Por isso, entende a Corte Suprema que a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual seria inviável a compensação entre circunstâncias agravantes e atenuantes (HC n. 108.138/MS, Ministro Joaquim Barbosa, DJe 14/12/2011).

7 Compensação Contida

A partir de uma análise acurada da nova postura jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, sinalizando pela possibilidade de compensação entre a circunstância agravante da reincidência e a circunstância atenuante da confissão espontânea, e também da revisão teórica acerca do modelo garantista, dos princípios da proporcionalidade e individualização da pena, e da origem e finalidade dessas circunstâncias, há que se ponderar a aplicação automática da compensação, atentando-se para seus reflexos na ordem jurídica.

A afirmação de ser a confissão espontânea uma circunstância preponderante, por ser considerada extensão da personalidade do agente, deve ser vista com cautela, posto que nem sempre o agente confessa por que está arrependido ou por que deseja sinceramente ajudar na busca pela solução da causa. Assim, não serão todos os casos em que haverá a chamada espontaneidade, de modo que a compensação entre a circunstância agravante da reincidência, elemento objetivo e que revela o não arrependimento do agente do cometimento de infrações penais, certamente contribuirá para a sensação de impunidade plantada no seio da sociedade, além de beneficiar aquele agente de má-fé que somente almeja a redução da reprimenda ou em nada contribuir para a descoberta da verdade.

Se considerarmos verdadeira a premissa levantada pelo Superior Tribunal de Justiça, de que a confissão espontânea configura uma face positiva da personalidade do agente, ela deve

então demonstrar arrependimento e, conseqüentemente, uma diminuta capacidade do agente de tornar a delinquir (NUCCI, 2011b, p. 227).

Noutro giro, cumpre refletir sobre o melhor momento de aferição do elemento da personalidade do agente. Apenas para aquecer o debate, talvez fosse o caso de aferi-lo na primeira fase da dosimetria da pena, nas chamadas circunstâncias judiciais, ocasião em que o magistrado verificará o conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, seja herdado, seja adquirido, relativos à personalidade, além de elementos como a bondade, responsabilidade, honestidade, solidariedade, dentre outros (NUCCI, 2008, p. 398).

Nesse aspecto, importante notar que para a aferição da personalidade, como expressão do caráter do agente analisado na primeira fase da dosimetria da pena, há forte divergência jurisprudencial, sendo que alguns doutrinadores autorizam a majoração da pena-base do agente do fato, diante da mera comprovação por meio de certidões cartorárias de inquéritos e ações penais em andamento contra ele, e outros julgadores, em posição majoritária⁵, entendem que inquéritos e ações penais em andamento não podem ser considerados para valorar negativamente a personalidade do agente, por não se ter contra o réu um título executivo penal definitivo, sendo necessária a

5 Quanto à última posição, o Superior Tribunal de Justiça editou En. de Súmula nº 444, vedando a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base do condenado.

presença de um laudo técnico que indique a má personalidade do agente para valorá-la negativamente.

Sob esse prisma, se considerada a posição jurisprudencial majoritária, não seria razoável admitir a compensação da circunstância agravante da reincidência, aferida objetivamente com certidões de trânsito em julgado de ações penais movidas em face do réu, com a circunstância atenuante da confissão espontânea sem a presença de laudo técnico emitido por pessoa capacitada, pois se, para considerar positiva a personalidade do agente, na primeira fase da dosimetria da pena, exige-se um laudo técnico específico de um profissional habilitado e especialista na área da saúde, atestando ser o réu portador de boa índole, na segunda fase da dosimetria também deveria existir o referido laudo para aferir a personalidade do agente que confessa a prática delitiva, não sendo suficiente a mera palavra do réu para torná-lo, por si só, bom e merecedor da compensação.

Por outro lado, se não levarmos em consideração a exigência do referido laudo técnico, talvez fosse possível a almejada compensação, de forma contida, somente se houvesse análise fundamentada caso a caso, em respeito aos princípios da proporcionalidade e individualização da pena, vedando-se a compensação automática. O agente que ostenta diversas condenações criminais e, noutro giro, confessa nos autos de um processo, mas sua palavra não contribuiu para a solução da causa, não poderia, em tese, ser agraciado com a compensação, pois seria determinantemente desproporcional, haveria dissonância

com a exigência constitucional de aplicar a pena de acordo com cada caso considerado individualmente.

Para ser legítima a quantificação da sanção penal, especialmente na hipótese da eventual compensação da confissão espontânea com a reincidência, defende-se a análise do caso concreto, avaliando-se o peso que cada uma teve na solução da causa, ou seja, a compensação deverá ser contida e não automática.

Nesse caso, deve-se avaliar a quantidade de condenações transitadas em julgado proferidas em desfavor do réu, bem assim a qualidade dessas condenações, isto é, se o réu for reincidente específico ou tiver praticado novo crime mais grave, impossível a aplicação da compensação dessas espécies de reincidência com a confissão espontânea, por estar visivelmente demonstrado que a pena anteriormente imposta não surtiu efeito para a prevenção de outras práticas criminosas, além de indicar que o réu caminha em crescente escala criminosa, fazendo do cometimento do delito um meio de vida.

Do mesmo modo, impossível seria o deferimento da compensação se a confissão espontânea não contribuísse efetivamente e de forma singular para a descoberta da verdade, havendo outros elementos de prova suficientes para solucionar a questão. A compensação entre a reincidência e a confissão espontânea somente indicaria a concretização do princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, e seria permitida dentro do modelo garantista, se e somente se a confissão espontânea se revelasse imprescindível para a solução

do caso, pois do contrário deverá ser sopesada a reincidência em desfavor do réu, eis que a reincidência é circunstância que atesta o mau comportamento do réu, indicando que ele precisa de maior repressão estatal.

Igualmente, não haveria possibilidade de reconhecê-la quando o agente é preso em flagrante e não tem como negar as evidências em torno da autoria ou imputar a responsabilidade pelo fato a terceiro, tampouco seria aplicável quando a confissão for realizada em juízo, após extensa atividade policial repressiva, tendo o resultado das diligências apontado o agente como autor do fato (NUCCI, 2011a, p. 226). Nesses casos, a circunstância agravante da reincidência deveria prevalecer.

Para melhor compreensão, a título ilustrativo⁶, foi desenvolvido um quadro que poderá auxiliar o operador do direito na identificação dos casos em que seria possível deferir a compensação em benefício do réu, assim como os casos em que a compensação deverá ser negada, a saber:

6 Não é pretensão de a autora esgotar todos os casos que possibilitem a mencionada compensação, dada a quantidade de detalhes e especificidades de cada processo criminal. A intenção é definir um parâmetro a ser seguido, diminuindo a discricionariedade desregrada do julgador.

Quadro - Regras para a compensação entre a confissão espontânea e a reincidência

Processo Criminal Atual Confissão Espontânea	Processos Criminais Anteriores Reincidência	Resultado
Contribui para a solução da causa – em crime de natureza mais grave ou reincidência específica	Mais de uma condenação criminal -	Impossibilidade de compensação
Contribui para a solução da causa – em crime de natureza menos grave	Mais de uma condenação criminal -	Impossibilidade de compensação
Contribui para a solução da causa	Somente uma condenação criminal Não há elementos de prova da condenação	Possibilidade de compensação
Contribui para a solução da causa	Somente uma condenação criminal Há elementos de prova da condenação	Possibilidade de compensação salvo se feita somente em juízo
Não contribui para a solução da causa	Mais de uma condenação criminal	Impossibilidade de compensação

Fonte: Elaborada pela autora

Com base no quadro acima, extrai-se que a compensação somente será viável a partir da análise do caso concreto, da quantidade e qualidade de condenações anteriores, do momento

em que a confissão se der no processo criminal, da efetiva contribuição para a solução da causa.

8 Conclusão

A partir da compreensão do conteúdo dos tópicos anteriores, será possível extrair uma posição mais consciente sobre o concurso entre circunstâncias agravantes e atenuantes e a compensação da reincidência com a confissão espontânea, obedecendo-se aos ditames dos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, em um modelo eminentemente garantista, limitador da tutela judicial.

O modelo garantista defende a discricionariedade dos magistrados, desde que não seja ilimitada, não sendo recomendável aplicar indistintamente a todos os casos a compensação entre a reincidência e a confissão espontânea, por não se tratar de fórmula certa e objetiva cabível em qualquer circunstância.

Deve-se ter bastante cautela no esboço de uma conclusão definitiva e precipitada que poderá implicar, certamente, na inobservância do princípio da proporcionalidade e mais ainda da individualização da pena, entendido como princípio motor da resposta penal necessária e suficiente para reprimir e prevenir o crime, a partir de uma ponderação de resultados, advinda da medição do grau de culpabilidade e censurabilidade do autor do fato criminoso no caso concreto (princípio da proporcionalidade), limitando o poder de julgar, na esteira do que preceitua o modelo garantista.

No espírito dos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, não se pode desprezar as diferenças contidas no caso concreto, especialmente quando houver reincidência, sob pena de cometer arbitrariedade na escolha e aplicação da sanção penal.

Para que a iniciativa do réu por meio da confissão seja usada em seu benefício, seu espírito esclarecedor, ou mesmo de arrependimento, devem estar presentes, sob pena de esvaziar o real sentido e alcance desse instituto, até porque a confissão do agente não extirpa todo o mal que ele já causou para a sociedade por meio da prática reiterada de crimes.

Será possível sopesar a circunstância atenuante da confissão espontânea em benefício do réu, fazendo-a prevalecer para efeito de compensação com a reincidência, sempre que for considerada imprescindível para a solução do caso objeto de julgamento pelo Poder Judiciário, merecendo destaque os casos em que a confissão contribuir efetivamente para a formação da culpa e para a condenação do réu e, em outra vertente, não for possível concluir pela sua personalidade negativa voltada para a prática delitiva, diante de uma multiplicidade de reincidências.

Assim, inexistente a possibilidade de compensação automática entre a circunstância agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, em atenção ao princípio da individualização da pena, corolário do princípio da proporcionalidade, regente do sistema jurídico pátrio. Não se deve admitir a compensação, por si só, da circunstância atenuante da confissão espontânea com

a circunstância agravante da reincidência, em todos os casos indistintamente, pois, para que a primeira seja considerada mais relevante e prepondere sobre a reincidência, o réu deve narrar a verdade dos fatos, contribuindo para a descoberta da verdade, sem provocar confusão no curso da investigação, além de colaborar com a justiça, não possuindo um leque de condenações penais em seu desfavor, demonstrando descaso com a lei penal.

Em que pese a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça ter se manifestado recentemente no EResp nº 1.154.752/RS no sentido de que pode haver a compensação entre a circunstância agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, por as considerarem igualmente preponderantes, uma vez que a confissão do réu traduziria traços de boa personalidade, a melhor posição deve ser aquela que analisa, no caso concreto, qual das duas circunstâncias deve preponderar, sendo vedada a compensação automática.

O tema é intrigante e desafiador para o operador do direito, mormente para o magistrado, pois há um espaço de discricionariedade nas decisões judiciais e um abismo entre a prática judiciária em nosso país, o conteúdo do sistema jurídico penal brasileiro e o alcance da efetividade da pena aplicada, de modo que, para ser escolhida a sanção adequada do condenado, obedecendo-se ao disposto na lei penal e nos princípios da proporcionalidade e individualização da pena, o julgador não pode se olvidar de analisar acuradamente o caso concreto e

suas especificações, sob pena de esmaecer os alicerces de uma sociedade democrática, além de ferir a epistemologia garantista.

Exige-se um repensar dos modelos jurídicos disponíveis para a escolha da sanção penal, forçando o operador do direito, especialmente aquele que escolhe e aplica a sanção corporal, a refletir sobre o conteúdo da individualização da pena para o alcance da paz social, balanceando a importância que a confissão espontânea tiver no contexto processual com a reiteração criminosa no exame da reincidência.

Title: Automatic Compensation of Aggravating Recidivism with Attenuating the Spontaneous Confession: Threat to the Fulfillment of the Principle of Individualization of Punishment

Abstract: The theme emanates in reference to the recent amendment jurisprudence, signed by Superior Court of Justice, regarding the possibility of compensation between the aggravating and mitigating the recurrence of spontaneous confession, considering them both prevailing circumstances. The question for reflection brought in concerning to the Brazilian legal system regarding the choice and application of the sentence imposed on the offender, especially from the perspective brought up by Luigi garantista Ferrajoli, in the sense that to achieve the legitimacy of punitive power of the State, it should be from the limitation of space assigned to the role of judicial discretion, particularly when establishing the quality and quantity of the appropriate penalty for each offense, avoiding legal uncertainty. The scientific problem raised therefore questions whether the automatic compensation between recidivism and spontaneous confession would hurt the principle of proportionality and its derivation as the individualization of punishment. The initial hypothesis is that the aforesaid amendment jurisprudence is manifestly contrary to the national laws, deserving the creation of objective and subjective criteria that may allow compensation in mind the principle of individualization of punishment.

Keywords: Recidivism. Spontaneous confession. Proportionality. Individualization of punishment. Compensation.

Referências

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 jun. 2012.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 16 jun. 2012.

BRUNO, Anibal. *Direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, José Wilson Ferreira. *Limites constitucionais à produção legislativa do direito penal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Direito penal, Estado e Constituição*. São Paulo: IBCCrim, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Individualização da pena*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Manual de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

STUM, Raquel Denize. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do

Advogado, 1995.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VALENTE, Ana Cláudia de Souza. Compensação automática da reincidência com a confissão espontânea: ameaça à concretização do princípio da individualização da pena. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 7, p. 221-253, 2013. Anual.

Submissão: 08/03/2013

Aceite: 21/06/2013