

CONFISSÃO ESPONTÂNEA COMO CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE PREPONDERANTE

HEDLIAN DA SILVA CÂNDIDO

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Distrito Federal e especialista em Processo Penal pela Universidade Gama Filho/RJ, Atua na área penal e processual penal, Exerce o cargo de assessor de ministro e integra a equipe do gabinete do Ministro Nilson Naves

NILSON VITAL NAVES*

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Sumário:

1. Introdução. 2. Confissão espontânea. 3. Circunstâncias preponderantes. 4. Confissão espontânea como circunstância atenuante preponderante. 5. Conclusão

*"Recurso especial criminal. Fixação de pena. Concurso de atenuante e agravante. Art. 67, do CPP. Supremacia da **reincidência** sobre a **confissão** voluntária. Violação legal não configurada.*

*Ao fazer preponderar a **reincidência** sobre a **confissão espontânea**, não vulnerou o acórdão recorrido o preceituado no art. 67, do CPP, eis que a pena se aproxima do limite indicado pela circunstância prevalecente.*

Recurso conhecido, mas improvido." (REsp-110.109, DJ de 14.4.97.)

1. Introdução

Tempos atrás, dava-se à confissão da prática de um crime valor irrefutável e de absoluta ou quase absoluta, veracidade. Ao se obter a confissão, o caso estava, em última análise, solucionado. Bem por isso, era considerada a rainha das provas. Eram, sem dúvida, tempos difíceis e, muitas vezes, cruéis, já que se fazia de tudo ou quase de tudo, com o objetivo de se obter a confissão. A esse respeito, Basileu, a propósito do sistema probatório, escreveu:

A justiça, prepotente, na dificuldade de coligir provas, visava obter, de qualquer modo, a confissão do acusado – solução cômoda para os seus problemas. Um dos meios utilizados para se conseguir a confissão era o juramento, que se lhe impunha, de dizer a verdade. Beccaria insurge-se contra esse costume, dizendo ser contrário à natureza, visto colocar o acusado em angustiosa alternativa: ou o perjúrio ou a própria morte. De fato, uma das penas comuns era a de morte, cuja execução assumia as mais brutais modalidades.

Um dos capítulos de maior notoriedade é o referente à tortura: 'Da questão ou tortura'. Questão era o interrogatório mediante tormento.

Empregava-se, na época, largamente a tortura, quer para conseguir a confissão do suposto delinquente, quer para a descoberta dos cúmplices, quer para a apuração de novas circunstâncias, quer para a descoberta de outros crimes que pudessem ter sido praticados pelo acusado.

E, a propósito, lembra que as torturas eram como que uma reminiscência dos antigos juízos de Deus.

O que não quer dizer que, no pensamento do escritor, as torturas tivessem essa origem. Os que lhes pesquisam a gênese entendem, geralmente, que elas nasceram como um meio de constranger o escravo a dizer a verdade. O servo era havido como ser ínfimo e abjeto. Dos seus lábios infames – imaginava-se – jamais poderia nascer a verdade espontaneamente. De modo que era muito comum, nos processos antigos, torturar os escravos, quer do acusado,

quer do acusador, porque só assim se supunha obter-lhes um relato fiel.¹

Desse período para cá, longo foi o caminho, duras foram as penas. No Brasil, hodiernamente, evidencia a Constituição como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. E mais: como um dos seus princípios, a prevalência dos direitos humanos, assegurando o direito fundamental de que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. A confissão, portanto, deve ser sempre espontânea (livre e autônoma) e, considerada meio de prova, tem valor relativizado, devendo, nesse sentido, ser corroborada por outros meios de prova admitidos. Eis o que disse Malatesta:

A confissão, como qualquer outro testemunho, se presume verídica em abstrato e se avalia em concreto segundo as particulares condições subjetivas, formais e objetivas, nas quais se realiza.²

2. Confissão espontânea

Com a reforma trazida pela Lei nº 7.209/84, alterou-se o art. 48, IV, d, do Cód. Penal, que previa como circunstância atenuante o fato de ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem. A atenuante foi mantida, excluindo-se, porém, a parte final, isto é, a exigência de que a autoria do crime fosse ignorada ou atribuída a outrem. A redação, agora do art. 65, III, d, passou a ser a seguinte:

São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

III – ter o agente:

¹ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad, v. I, tomo I, 1952, p. 51-53.

² MALATESTA, Nicola Flamarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 2005, p. 449.

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime.

O intuito dessa alteração, segundo a exposição de motivos, foi estimular o alcance da verdade processual. Nesse particular, há, no item 55 da nova parte geral, o seguinte: "Beneficia-se, como estímulo a verdade processual, o agente que confessa espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, sem a exigência, em rigor, de ser a autoria ignorada ou imputada a outrem." ³

Nesse ponto, ocorreram divergências quanto ao âmbito da atenuante, bem como em relação à sua extensão. Em consequência, surgiram algumas orientações interpretativas, das quais destaca-se duas:

I) Para que se verificasse a presença da atenuante, deveriam ser perquiridos os motivos que ensejaram a confissão, por exemplo, o arrependimento. Nesse sentido, diz Damásio o seguinte:

*A simples confissão da prática de um crime não atenua a pena. Assim, quando o indiciado ou acusado confessa a autoria do crime à autoridade policial ou judiciária, não incide a atenuação pela mera conduta objetiva. O que importa é o 'motivo' da confissão.*⁴

E, também, Nucci:

*A confissão, para valer como meio de prova, precisa ser voluntária, ou seja, livremente praticada, sem qualquer coação. Entretanto, para servir de atenuante, deve ser espontânea, vale dizer, sinceramente desejada, de acordo com o íntimo do agente. É a posição doutrinária dominante, como já apontamos anteriormente, ao tratarmos da desistência voluntária. Não é possível que o réu se beneficie de uma circunstância legal para amenizar sua pena se houver agido sem qualquer espontaneidade, apenas para locupletar-se de algum benefício legal.*⁵

³ Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal.

⁴ EVANGELISTA DE JESUS, Damásio. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 503.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 441.

II) Teria a atenuante escopo objetivo e pragmático, cuja finalidade seria a de cooperar no esclarecimento da verdade processual, facilitando a atuação do Poder Judiciário na investigação e reconstituição do fato criminoso. Não seria, portanto, relevante o exame da motivação que ensejou a confissão, pouco importando o arrependimento ou a existência de determinado interesse pessoal do agente. Destaca Fragoso que "são razões de oportunidade e conveniência que aqui movem o legislador"⁶. A esse respeito, ainda, asseverou Aníbal Bruno o seguinte:

O fim visado pela lei é estimular o réu a confessar o fato punível que cometeu e recompensá-lo por haver, assim, colaborado na ação da justiça, ainda com dano próprio. Mas não se pesquisa o valor moral das razões que a isso o compeliram, se o fez verdadeiramente arrependido e com propósito de emenda ou apenas convencido de que a sua autoria viria sempre a ser descoberta. Enfim, é de presumir-se o arrependimento e com isso admite-se a sua menor criminalidade.⁷

No Superior Tribunal, já em 1989, calcado nas lições de Fragoso e Delmanto, concluiu o Ministro Costa Lima (REsp-531, DJ de 19.2.90) que é propósito do legislador estimular o réu a reconhecer espontaneamente a autoria do delito, premiando-o com a atenuação da pena.

Comparando-se as duas orientações, verifica-se que o ponto central da divergência se encontra no elemento motivacional do ato de confessar. Pelas lições de Fragoso e Aníbal Bruno, observa-se, na verdade, que o espírito da reforma não alcançou a profundidade ética que se exige relativamente aos motivos da confissão. Aliás, os que entendem necessária tal profundidade ética vão além do que determina o próprio texto legal.

Em última análise, se enlastecido fosse o critério de avaliação pragmático, transfigurar-se-ia a confissão em elemento subjetivo de

⁶ FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 433.

⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. São Paulo: Forense, tomo III, p. 143-144.

difícilima apuração. A intenção do legislador foi a de alcançar a verdade real e evitar, o quanto possível, o erro judiciário, utilizando-se, em razão do reconhecimento pessoal do ato praticado, de estímulo ou prêmio consistente na mitigação da pena. É evidente que, havendo confissão, há, também, maior probabilidade de não se cometer erro de julgamento. Ora, se o acusado admite a prática de fato delituoso, então se está diante de poderoso elemento de convicção.

Pode-se dizer que a expressão "espontaneamente" é o fator – principal – que torna turva a compreensão da regra. Isso em razão do seu significado, que não é simples nem preciso. Etimologicamente, aqui e ali, doutrina e jurisprudência contrapõem-na à expressão "voluntariamente". Alguns atribuem à espontaneidade maior pureza interna do agente, já que despida de influência. Há, evidentemente, feição ética em tal interpretação. Atribui-se, por isso mesmo, maior abrangência ao termo. Assim, espontaneidade abrangeria a voluntariedade, mas, nem sempre, a voluntariedade seria sinônimo de espontaneidade. Não por acaso, alguns julgados perfilharam entendimento segundo o qual, se a confissão do acusado for voluntária, mas não espontânea, não se aplica a atenuante. O Superior Tribunal, a propósito, em acórdão da lavra do Ministro Hamilton Carvalhido (REsp-281.405, 6ª Turma, DJ de 13.12.04), por exemplo, manifestou-se nesse mesmo sentido, salientando que somente se aplica a atenuante do art. 65, III, d, do Cód. Penal quando for a confissão realizada de forma **espontânea**, não se confundindo com a **confissão voluntária**, que sofre intervenção de fatores externos.

Do ponto de vista processual – e aí se encontra a vontade do legislador –, não há de ser feita tal distinção, tendo em vista que a eficácia probatória será a mesma. Ou seja, o objetivo da norma foi plenamente alcançado. Não é razoável, sequer lógico, que o acusado confesso tenha, contra si, como prova a própria confissão e, em contrapartida, que não se considere a atenuante. Nessa direção, há, no

Superior Tribunal, julgados, dos quais cito o proferido no HC-56.284, da relatoria da Ministra Laurita Vaz (DJ de 5.2.07):

A teor do entendimento desta corte, a atenuante genérica da confissão, prevista no art. 65, inciso III, alínea 'd' do Código Penal, tem caráter objetivo, bastando que seja voluntária, não importando o caráter das situações em que foi efetivada a confissão.

Não se pode restringir o sentido da palavra "espontâneo" ou limitar-lhe o alcance. Por não possuir significado preciso ou de fácil compreensão, a análise interpretativa deve ser ampla e sempre em favor do acusado – dicionaristas registram que, em certo sentido, voluntário é sinônimo de espontâneo. Logo a visão restritiva quanto à configuração da atenuante refoge ao próprio espírito da lei.

Assim, por exemplo, aquele que confessa a prática de crime apenas com o interesse de ver atenuada a pena teria o direito ao reconhecimento da atenuante. Qual seria a razão jurídica que poderia levar à não aplicação da atenuante, uma vez que preenchidos os requisitos da lei? A verdade é que, se assim não fosse, a intenção do legislador ficaria despida de praticidade, já que a interpretação motivacional do agente é sempre muito difícil.

Em resumo, como já defendia Fragoso, seja porque a lei não faz nenhuma referência à motivação, seja porque a motivação seria de difícil apuração, não há razão válida para desconsiderar a atenuante sempre que a confissão é havida por elemento de prova. Eis que ressaltou Roberto Lyra:

Não é necessária indagação sobre os móveis da confissão, concedendo-se a atenuante, quer o agente se apresente por temer a descoberta da autoria ou a sua justa imputação, quer pelo sincero arrependimento e pela ânsia de sofrer a reação defensiva da sociedade.⁸

Válidas, ainda, as considerações feitas por Viel:

⁸ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 340.

"Escritores antigos assinalavam que a confissão é um ato contra a natureza, por ser prejudicial – contrário ao instinto de conservação, recolhe o moderno Cafferata Nores de textos remotos. Quintiliano chegou a afirmar, com exagero que Malatesta salientou, que a natureza da confissão revela ser louco quem a faz. Mas a idéia de proveito, de interesse, de esperança de melhorar a posição no processo, está na base dos motivos que Malatesta apreendeu no ato confessional. Carmignani, depois de destacar a espontaneidade como sétimo requisito da confissão – para a sua validade como ato, contra o réu -, explica que 'ninguém afirma nada contra si mesmo senão induzido pelo propósito de conseguir algum proveito. A confissão pois, não é outra coisa que um testemunho contra si mesmo, porém, em proveito próprio'.

Será muito raro e, portanto, de escasso interesse jurídico-político, que o réu confesse só por arrependimento, desejo de expiar erro, remorso, autopurificação, e não de olho na situação processual que enfrenta. Homens da qualidade perceptiva e da capacidade de observação e análise acuradas de um Dostoievski e de um Graciliano Ramos, que o infortúnio e a prepotência levaram a conviver com a vítima de crueldade política mas também com criminosos no sentido próprio da palavra, observam (Recordação da casa dos mortos e Memórias do cárcere) não ter visto, mesmo entre os mais empedernidos e atrozes destes, mostras de admissão de culpa – sem a qual não há arrependimento, altruísmo ou modificação possível.

Os sistemas processuais hoje dominantes determinam que o réu tenha conhecimento da acusação, e que ele possa obter orientação de advogado – se o interrogatório for ato obrigatório, seguramente é desejável que a conferência seja antes dele. É, por conseguinte, ineliminável o conselho, segundo o interesse processual do acusado, de modo que a confissão que haja tenha também e inevitavelmente um quid de proveito. Afinal, não para outra coisa existem advogados.

Entendimento que objetiva a atenuante estimular a confissão, levando o réu a colaborar na reconstituição do fato, favorecendo a percepção de verdade material,

facilitando a atuação do Poder Judiciário de modo geral, valendo o ato para fundamentar – substancialmente, na prática – a condenação, não há como reclamar pureza de motivos, ausência de esperança ou expectativa de amenização penal, catarse.

Pode até haver interesse, cálculo, esperteza – motivação paralela.⁹

A desconsideração do aspecto ético ou motivacional da confissão é relacionado, por alguns, com a objetividade na verificação da atenuante. Entretanto, ainda que se considere objetiva a sua verificação – o que não deixa de ter certo sentido –, tal não significa que a atenuante tenha caráter objetivo. Isso será analisado oportunamente.

3. Circunstâncias preponderantes

Há, no art. 67 do Cód. Penal, a seguinte previsão:

No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se 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.

Diz a lei, portanto, que, havendo concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, devem prevalecer as circunstâncias que o Cód. Penal classifica como preponderantes. Preponderar é, na acepção da palavra, ser superior em importância, força. Ou seja, quando concorrem agravantes e atenuantes, se não houver, todavia, equivalência entre elas, impossível a compensação. Nesse caso, estabelece o art. 67 que a pena deve aproximar-se das circunstâncias preponderantes.

O próprio código fixa os critérios da prevalência, estabelecendo que, para isso, deverão ser levados em conta os motivos

⁹ VIEL, Luiz. Temas Polêmicos. Curitiba: JM, 1999, p. 40-41.

determinantes do crime, a personalidade do agente e a reincidência. O que se observa é que o legislador optou por critérios que levam em consideração aspectos subjetivos.

Com efeito, os motivos determinantes, em linhas gerais, seriam as causas ou razões que levam determinado indivíduo à prática do fato delituoso. Seria, assim, o conjunto de fatores que, agindo na esfera da vontade do indivíduo, fazem com que ele atue no mundo exterior, causando modificação juridicamente relevante para o Direito Penal. Nesse particular, convém salientar que o tema ensejou divergências entre as escolas penais (escola clássica, neoclássica, positiva e humanista) quanto aos fatores que exerceriam influência sobre o indivíduo a ponto de o impelirem a cometer determinado crime. Entre nós, todavia, válidas as lições de Noronha, para quem o motivo é a razão pela qual a vontade se determina para a prática do crime¹⁰.

A personalidade do agente seria tudo aquilo que distingue um indivíduo de outros indivíduos, ou seja, é um conjunto de características que determinam a individualidade. Não há, entre os estudiosos, conceito seguro. Aliás, Cirino dos Santos já alertava:

*O conceito de personalidade é objeto de enorme controvérsia em Psicologia ou Psiquiatria modernas, por causa de seus limites imprecisos ou difusos. Não há consenso sobre as seguintes questões: a personalidade (a) seria delimitada pelo ego, como perceptivo-consciente responsável pelas decisões e ações da vida diária? (b) abrangeria o superego como instância de controle ou censura pessoal? (c) enfim, incluiria as pulsões instintuais do id, como fonte inconsciente da energia psíquica, regida pelo princípio do prazer?*¹¹

¹⁰ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 244.

¹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*. Curitiba: Lumen Juris, p. 564. Acrescenta, ainda, que "os operadores do sistema de justiça criminal não possuem formação acadêmica em Psicologia ou Psiquiatria para decidir sobre o complexo conteúdo do conceito de personalidade e, por essa razão, a jurisprudência brasileira tem atribuído um significado leigo ao conceito, como conjunto de sentimentos/emoções pessoais distribuídos entre os pólos de emotividade/estabilidade, ou de atitudes/reações

Para Aníbal Bruno, a personalidade seria "um todo complexo, porção herdada e porção adquirida, como o jogo de todas as forças que determinam ou influenciam o comportamento humano"¹². Há aqueles que dizem que, ao se analisar a personalidade do agente, dever-se-ia "verificar sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social", como ressaltou Bitencourt¹³. Haveria, portanto, uma ligação da personalidade com as qualidades morais do criminoso. Não foi por acaso que escreveu Noronha, rememorando as lições de Hungria, o seguinte:

*... antes de tudo caráter, síntese das qualidades morais do indivíduo. É a psique individual, no seu modo de ser permanente. O juiz deve ter em atenção a boa ou a má índole do delinquente, seu modo ordinário de sentir, de agir ou reagir, a sua maior ou menor irritabilidade, o seu maior ou menor grau de entendimento e senso moral. Deve retratar-lhe o perfil psíquico.*¹⁴

Por fim, quanto à reincidência, não há, no Cód. Penal, conceito específico, mas determinação de quando o instituto se verifica. Segundo o art. 63, "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". Influencia na culpabilidade, em razão da maior reprovabilidade pessoal da ação ou omissão criminosa. Para Zaffaroni e Pierangeli¹⁵, a resposta mais difundida para o fundamento da reincidência é que ela demonstra maior periculosidade da pessoa.

4. Confissão espontânea como circunstância atenuante preponderante

individuais na escala sociabilidade/agressividade, que pouco indicam sobre a personalidade do condenado".

¹² *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 555.

¹³ BITENCOURT, *ob.cit.*, p. 555.

¹⁴ NORONHA, *ob.cit.*, p. 244.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 793.

Conforme se vê, circunstâncias preponderantes são as que se referem aos motivos determinantes, à personalidade e à reincidência. Considerou o legislador, portanto, como preponderantes circunstâncias de caráter subjetivo. Isso significa que a confissão espontânea, para ser considerada circunstância atenuante preponderante, deve, necessariamente, possuir caráter subjetivo, e, por conseguinte, esse caráter subjetivo deve estar ligado ou aos motivos determinantes, ou à personalidade ou, ainda, à reincidência. Eis, portanto, o centro de toda a problemática que envolve a consideração da atenuante da confissão como preponderante.

Deveras, o único argumento que parece aceitável para se atribuir à atenuante da confissão caráter objetivo é aquele que se funda na desnecessidade de se perquirir qual o motivo que levou o agente a admitir a culpa, conforme analisado anteriormente. Esse talvez tenha sido o argumento de muitos para considerar a atenuante da confissão uma circunstância objetiva e, portanto, não preponderante. Para outros, somente com a análise do caso concreto é que seria possível a verificação de determinada atenuante ou agravante como preponderante, a exemplo de Bitencourt e Mirabete. A tal propósito, veja-se o que disse Nucci:

Não cremos que exista uma solução única. Tudo depende do caso concreto. Se a confissão espontânea for, de fato, fruto de uma personalidade amigável, de quem cometeu um crime em face de um lamentável, lapso, mas, moído pelo remorso, resolve colaborar com o Estado para a apuração do ocorrido, é viável considerar-se uma atenuante preponderante, compensando-se com a reincidência, que é agravante preponderante.¹⁶

Tal entendimento parece não refletir a realidade prática das coisas. Isso porque, como visto, investigar a intenção nobre ou o arrependimento sincero daquele que pratica determinado crime é tarefa difícil – visto que necessária intensa análise subjetiva –, para a qual se

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 388.

exigem conhecimentos alheios à função judicante (psicológicos, comportamentais, psiquiátricos, etc). O fato é que deles, muitas vezes, o magistrado não dispõe. Não se pode, portanto, condicionar a preponderância à análise do caso concreto. E "preto no branco": prepondera sempre, ou não prepondera nunca.

A jurisprudência do Superior Tribunal acerca do tema, já no início de 1997, tinha-se firmado conforme acórdão da relatoria do Ministro José Arnaldo de termos seguintes:

Recurso especial criminal. Fixação de pena. Concurso de atenuante e agravante. Art. 67, do CPP. Supremacia da reincidência sobre a confissão voluntária. Violação legal não configurada.

Ao fazer preponderar a reincidência sobre a confissão espontânea, não vulnerou o acórdão recorrido o preceituado no art. 67, do CPP, eis que a pena se aproxima do limite indicado pela circunstância prevalecente.

Recurso conhecido, mas improvido. (REsp-110.109, DJ de 14.4.97.)

Na oportunidade, fundamentado em conceito extraído do voto proferido pelo Ministro Vicente Cernicchiaro no REsp-37.542 (DJ de 22.11.93) e em precedente do Supremo Tribunal, concluiu o Ministro José Arnaldo que a reincidência preponderaria sobre a confissão espontânea. Tal preponderância assentava-se na consideração última do caráter objetivo da confissão espontânea. Tanto é que, em outro julgado, foi dito: "A confissão espontânea hoje é de caráter meramente objetivo, não fazendo a lei referência alguma a motivos ou circunstâncias que a determinaram" (HC-22.927, Ministro Paulo Gallotti, 6ª Turma, DJ de 16.10.06). Inúmeros precedentes se seguiram, todos com essa orientação.

Pois bem, refletindo-se com isenção e desapego, verifica-se que, apesar da incidência da confissão ser objetiva quanto ao seu reconhecimento, ou seja, uma vez confesso o réu, deve ela incidir, isso

não significa, sob nenhum ângulo que se examine, que possua a confissão caráter objetivo. Na verdade, a confissão é consequência de um processo psíquico interno do agente. Longe de aqui se tentar examinar tal processo, o fato é que somente confessa aquele que desencadeou determinado conjunto de pensamentos e valores internos e, com base neles, concluiu, que de alguma maneira, a confissão era o melhor dos caminhos, isto é, que confessar lhe seria favorável. Jamais será descoberta, com absoluta precisão, a verdadeira razão psicológica interna. Assim, a motivação para o ato não importa, o que é importante é que a confissão surgiu de uma motivação. Dai sua natureza subjetiva!

Ora, sendo subjetivo seu caráter, imperioso que se saiba se a atitude de confessar tem relação com os motivos determinantes do crime, ou com a personalidade do agente, ou com a reincidência.

De imediato deve ser afastada qualquer relação com a reincidência – que se refere ao cometimento de nova infração penal após já ter sido o agente condenado definitivamente por outro crime. Não se aplica, também, aos motivos determinantes, circunstância pela qual a vontade se determina para a prática do crime, conforme as ensinanças de Noronha. Já, no que tange à personalidade, encontra-se, para confissão, terreno fértil. Com efeito, a despeito de divergências conceituais acerca do termo "personalidade", há entendimento comum entre todos que se dedicam ao seu estudo: ela consiste na índole (boa ou má) do indivíduo.

Já em 2004, em meio a tantos e tantos precedentes do Superior Tribunal na direção da natureza objetiva da confissão, sobressaiu um julgado da relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido que chama a atenção. Nele se contém esta afirmação: "Trata-se a confissão espontânea de circunstância atenuante que diz com a personalidade do agente, tanto quanto a reincidência, não havendo ilegalidade qualquer em sua compensação em sede de individualização da pena, na exata razão de que, pelas suas naturezas, são causas preponderante, à luz do artigo 67

do Código Penal" (REsp-565.407, DJ de 16.2.04). Foi lançada, nesse julgado, a primeira semente acerca da questão.

Recentemente, por meio de iniciativa da Desembargadora convocada Jane Silva, quando do julgamento do HC-94.051 (DJe de 22.9.08), ressurgiu, no âmbito da 6ª Turma, discussão – relevante e pertinente – acerca da natureza da confissão espontânea e da sua condição preponderante. Objetivou-se, com tal consideração, possibilitar a compensação entre a reincidência e a confissão espontânea. Na oportunidade, disse ela o seguinte:

... sempre entendi que a confissão espontânea não só facilita a apuração do fato criminoso, possibilitando a aplicação da justiça, com mais tranquilidade para os julgadores e para a sociedade, como demonstra que aquele que a fez possui uma personalidade tendente a ressocialização, pois demonstra que é capaz de assumir a prática de seus atos, ainda que tal confissão, às vezes, resulte em seu prejuízo, bem como se mostra capaz de assumir as consequências que o ato criminoso gerou, facilitando a execução da pena que lhe é imposta. Tal capacidade constitui, sem dúvida alguma uma elogiável característica do agente e, como tal, a circunstância atenuante que a privilegia diz respeito à sua personalidade, que demonstra um atributo incomum na maioria das pessoas que delinqüem, logo, equivale à reincidência e àquelas que dizem respeito à motivação determinante do crime.

Ressaltou-se, como se vê, estreita ligação entre a confissão e a personalidade do agente, esta voltada à ressocialização. Examinado a questão e sobre ela refletindo, eis o que disse o Ministro Nilson Naves na oportunidade:

Malgrado o pensamento da Relatora deste caso, Desembargadora convocada Jane Silva, seja outro, S. Exa. cede à jurisprudência segundo a qual a reincidência prevalece sobre a confissão; a questão, pelo visto, tem a ver com a reza do art. 67 do Cód. Penal. E a Ministra Maria Thereza, revendo sua própria posição, entende que se trata de boa oportunidade para que se revise o tema, concluindo, então, 'no sentido de que é viável a compensação entre a confissão espontânea e a reincidência'. Também creio boa a oportunidade de visitarmos de novo o

velho tema, já que, vejam, provocados que somos pela própria Relatora.

Não encontrei, entre os meus escritos, nenhuma opinião, expressa, é claro, sobre o velho tema; limitei-me, nos indicados precedentes, a acompanhar os respectivos relatores. Quero, então, agora, subscrever posições segundo as quais a confissão demonstra aspecto positivo da personalidade do agente. Encontrei antiga lição do saudoso Basileu, esta ('Instituições...', vol. I, 4ª ed., pág. 487):

'O agente que confessa, espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime que praticou e que, todavia, era ignorada ou imputada a outrem, denota, em regra, possuir sentimentos morais que o distinguem da massa comum dos criminosos. Ou quer evitar que um inocente seja imerecidamente castigado, ou se arrependeu sinceramente, ou, mesmo não arrependido, reconhece a soberania da ação da justiça – à qual se sujeita, colaborando com ela. Merece atenuação na pena a ser-lhe imposta.'

O mesmo ocorreu no HC-110.880 (DJe de 13.10.08), também da relatoria da Desembargadora Jane, que, para o caso, escreveu esta ementa:

Penal – Habeas corpus – Roubo majorado tentado – Emprego de arma de fogo – Arma desmuniada – Impossibilidade de utilização como agravante – Inexistência de potencialidade lesiva além daquela prevista para o roubo simples – De cote – Pena-base – Redução ao patamar mínimo – Falta de fundamentação na decisão que considerou desfavoráveis as circunstâncias judiciais – Manutenção da reprimenda no piso legal – Reincidência – Confissão espontânea – Compensação – Possibilidade – Recente orientação jurisprudencial – Tentativa – Quantum da redução – Um meio – Acerto da medida – Execução que se distanciou no início mas não se aproximou bastante da consumação do roubo – Regime inicialmente fechado – Pena final aquém de quatro anos de prisão – Agente reincidente – Exame das circunstâncias judiciais favorável – Súm. 269/STJ – Alteração para o semi-aberto – Ordem parcialmente concedida.

I. Inadmissível a consideração da arma desmuniada como majorante no delito de roubo, porquanto, desprovida de

potencialidade lesiva, sua utilização não é capaz de produzir qualquer perigo a mais à vítima do que o próprio roubo simples.

Precedentes.

II. Evidenciado que várias circunstâncias judiciais foram sopesadas contra o agente, porém, sem a devida fundamentação, todas elas devem ser tidas como favoráveis à defesa, o que autoriza a fixação da pena-base no patamar mínimo.

III. A atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência são igualmente preponderantes, porquanto a primeira diz respeito à personalidade do agente (capacidade de assumir seus erros e consequências) e a segunda decorre de expressa previsão legal. Inteligência do artigo 67 do Código Penal. Recente orientação jurisprudencial desta 6ª Turma.

IV. O quantum de redução da pena pela reconhecida tentativa deve permanecer na metade caso a execução do crime, apesar de não ter permanecido em seu início, também não tenha se aproximado sobremaneira de sua execução.

V. 'É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais' (Súm. 269/STJ).

VI. Deve ser fixado o regime inicial semi-aberto ao agente que, apesar de reincidente, teve em seu benefício o exame das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal.

VII. Ordem parcialmente concedida.

A confissão espontânea, portanto, liga-se, invariavelmente, à personalidade do agente. Como salientou Antônio Mendonça em artigo publicado na Revista Brasileira de Criminologia, coordenada por Lyra, ao mesmo tempo em que facilita a ação da justiça, "atende à personalidade do réu". Em outras palavras, não se trata de circunstância objetiva, mas subjetiva preponderante.

5. Conclusão

No cotidiano da atividade judicante, não são poucos os casos em que o criminoso confessa espontaneamente a prática delitiva, fazendo-o por inúmeras razões, justificativas. Não cabe ao magistrado tentar desvendar os motivos da confissão, a qual, na quase totalidade dos casos, restringe-se à esfera íntima do acusado. Cabe ao juiz, isto sim, o acolhimento isento do ato confessório, tendo-o na conta de arrependimento. Tal atitude, longe de significar que a natureza da confissão seja objetiva, revela justamente o contrário, ou seja, que a confissão contém caráter tão subjetivo que impõe ao julgador, em qualquer circunstância, seu reconhecimento. De fato, a confissão tem ligação estreita com a personalidade. A personalidade tem a ver com o comportamento e qualidades morais do indivíduo, consoante as lições do saudoso Basileu, para quem "o agente que confessa, espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime que praticou e que, todavia, era ignorada ou imputada a outrem, denota, em regra, possuir sentimentos morais que o distinguem da massa comum dos criminosos." Daí a condição preponderante da confissão espontânea. Precisamos, portanto, as palavras da Desembargadora Jane, que disse, no REsp-1.012.187, que

a personalidade é um conjunto de atributos que cada indivíduo tem e desenvolve ao longo de sua vida até atingir a maturidade e que pode, também, modificar-se ao longo do tempo, porque não estamos aqui tratando de caráter, que é uma coisa imutável, mas, sim, da personalidade. Assim, penso que aquele que confessa o crime tem um atributo especial na sua personalidade. Assim, podemos entender que a confissão espontânea é tão preponderante quanto a motivação. As duas estão expostas no mencionado artigo 67.

Concluindo, de um lado, o acusado que confessa espontaneamente o crime revela, presumidamente, comportamento resultante de sua esfera íntima motivacional e, dessa forma, realça a existência de personalidade que permite o reconhecimento da atenuante

como circunstância subjetiva preponderante; de outro lado, assim agindo, isto é, reconhecendo concretamente a atenuante, não estaria caminhando o órgão judiciário pelo mesmo e bom caminho do princípio constitucional que nos é referência – o da dignidade da pessoa humana? Como dizia Bandeira em "Confissão", "cuido contar-lhe o mal, pedir-lhe a cura..."