



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

FELIPPE AUGUSTO DE OLIVEIRA BORGES

**A (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA CONFISSÃO
QUALIFICADA COMO ATENUANTE NA DOSIMETRIA DA PENA**

SALVADOR
2018

Felippe Augusto de Oliveira Borges

**A (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA CONFISSÃO
QUALIFICADA COMO ATENUANTE NA DOSIMETRIA DA PENA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Rudá Santos Figueiredo.

SALVADOR
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

FELIPPE AUGUSTO DE OLIVEIRA BORGES

A (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA CONFISSÃO QUALIFICADA COMO ATENUANTE NA DOSIMETRIA DA PENA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018

AGRADECIMENTOS

A Deus, por toda força nos momentos difíceis.

Aos meus pais, Lícia e Deusdedith, pelo amor incondicional.

Aos meus irmãos, Vanessa e Pedro, por todo carinho.

À minha namorada, Karen, por toda a dedicação e compreensão.

Aos amigos, pelo companheirismo. Em especial à Ana Terra Borges, Maria Eduarda Andrade e Kissia Gonzaga, por todas as horas de produção e desespero compartilhadas e à Carolina Ribeiro, por toda ajuda na realização deste trabalho.

Ao meu orientador e amigo, professor Rudá Figueiredo, por todo empenho durante a realização deste trabalho.

A toda equipe da Advocacia Vivaldo Amaral, com quem muito aprendi ao longo do tempo de convivência.

Ao Esporte Clube Bahia, meu grande amor, por todas as emoções vividas.

À Faculdade Baiana de Direito, por me propiciar uma formação de excelência.

*"La historia de las penas es sin duda más
horrenda e infamante para la humanidad que
la propia historia de los delitos."*

(Luigi, Ferrajoli).

RESUMO

O presente trabalho monográfico analisa a viabilidade do reconhecimento da confissão qualificada como atenuante na dosimetria. Para tanto, inicialmente, fora analisada a individualização da pena como princípio constitucional, traçando-se um paralelo com outros princípios corolários, relevantes à compreensão da matéria. Após isto, foram apresentadas as suas etapas e, por fim, o procedimento de dosimetria da pena. Em seguida, analisou-se o instituto da confissão, conceituando-o e fazendo um breve comparativo entre os sistemas processuais penais no decorrer da história. Posteriormente, foram apreciados os seus elementos de validade, características e o tratamento conferido pelo ordenamento jurídico, tanto como prova, quanto como atenuante. Após, adentrou-se na confissão qualificada, traçando seu conceito, bem como as restrições legais e doutrinárias quanto a sua incidência na dosimetria da pena. Ao final, foram analisados alguns julgados do Tribunal de Justiça da Bahia, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, com maior enfoque na edição da súmula 545. Ao fim, concluiu-se que a confissão qualificada possui caráter objetivo, não havendo de se exigir qualquer requisito diverso dos legalmente previstos, sendo, neste sentido, plenamente possível a sua incidência na dosimetria da pena.

Palavras-chave: Confissão qualificada. Dosimetria da pena. Sentença. Individualização da pena. Atenuante.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	13
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	13
2.2 CONTEXTO HISTÓRICO	14
2.3 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA SUA CORRELAÇÃO COM OS DEMAIS PRINCÍPIOS	18
2.3.1 Princípio da legalidade	21
2.3.2 Princípio da proporcionalidade	24
2.3.3 Princípio da responsabilidade pessoal	27
2.4 ETAPAS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	27
2.4.1 Etapa legislativa	28
2.4.2 Etapa judicial	30
2.4.3 Etapa executiva	31
2.5 DOSIMETRIA DA PENA	32
3 CONFISSÃO	40
3.1 CONCEITO	40
3.2 OBJETO DA CONFISSÃO	43
3.2.1 Sistema acusatório	43
3.2.2 Sistema inquisitivo	44
3.2.3 Sistema misto	46
3.3 ELEMENTOS DE VALIDADE	47
3.4 CARACTERÍSTICAS DA CONFISSÃO	50
3.4.1 Retratabilidade	51
3.4.2 Divisibilidade	52
3.5 ASPECTOS GERAIS DA CONFISSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	54
3.5.1 Confissão como prova	54
3.5.2 Confissão como atenuante da pena	57
4 CONFISSÃO QUALIFICADA	61
4.1 CONCEITO	61

4.2 ASPECTOS ESPECÍFICOS SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DA CONFISSÃO QUALIFICADA NA DOSIMETRIA DA PENA	65
4.2.1 Restrições legais	65
4.2.2 Restrições doutrinárias	66
4.3 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL	68
4.3.1 Posicionamento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia	68
4.3.2 Posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal	71
4.3.3 Posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça	73
4.4 A POSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DA CONFISSÃO QUALIFICADA NA DOSIMETRIA DA PENA	78
5 CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS	86

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho volta-se ao estudo da (im)possibilidade do reconhecimento da confissão qualificada como atenuante na dosimetria da pena.

Por força da natureza híbrida do instituto, sendo entendido tanto como meio de prova, quanto de defesa, a confissão sempre teve grande relevância para os mais diversos ordenamentos jurídicos.

No Brasil, a realização de uma declaração com admissão de culpa gera dois principais efeitos ao confitente, quais sejam: a elucidação da autoria delituosa e a atenuação de sua pena.

No primeiro destes, a admissão da culpa pelo confitente atua como meio de prova, na medida em que, quando colocada em consonância com o restante do substrato probatório disponível, terá o potencial de ensejar na decisão condenatória em face do acusado.

Por sua vez, o segundo principal efeito possui caráter positivo, de forma que é conferida ao confitente uma benesse pela colaboração com a instrução processual, resultando na atenuação da sua pena.

Todavia, no que se refere a este efeito positivo, parte da doutrina e jurisprudência vem restringindo a produção dos seus efeitos as confissões realizadas de maneira completa, não compreendendo as confissões parciais, qualificadas ou retratadas em juízo, gerando um grave problema de insegurança jurídica.

Desta forma, visando à elucidação dos aspectos relacionados à (im)possibilidade do reconhecimento da confissão qualificada como atenuante da pena, busca-se, por meio deste trabalho de monografia, elencar tanto argumentos contrários, quanto favoráveis à sua aplicabilidade, com escopo de obter uma resposta concreta sobre a matéria.

Para tanto, será adotada uma abordagem dedutiva, pois, tomar-se-á como base as regras gerais sobre a confissão e dosimetria da pena, buscando concluir especificamente pela (im)possibilidade do reconhecimento da confissão qualificada como atenuante da pena.

Nos primeiros capítulos será utilizado o método descritivo, como forma de introduzir o trabalho, aplicando o método argumentativo na sua parte final, onde serão elencados argumentos a justificar a (im)possibilidade de aplicação da confissão qualificada na dosimetria da pena.

Isto posto, o primeiro capítulo realizará uma abordagem quanto à importância da individualização da pena, se propondo, inicialmente, a realizar breves considerações sobre o instituto, passando pela sua contextualização histórica, bem como pela sua qualidade de garantia fundamental, conferida pela Constituição Federal de 1988. Após, serão analisados os seus princípios corolários. Por fim, serão brevemente devidamente elucidadas as três fases da individualização da pena, com maior enfoque na etapa judicial, que se manifesta mediante o processo de dosimetria da pena.

O capítulo 2, por sua vez, versará sobre o instituto da confissão de uma maneira geral, traçando o seu conceito, bem como o seu objeto de acordo com o sistema processual penal adotado pelos ordenamentos no decorrer da história. Posteriormente, serão expostos os elementos de validade da confissão e suas características e, por fim, no último tópico, será exposto o tratamento jurídico atribuído ao instituto pelo ordenamento pátrio como prova e atenuante da dosimetria da pena.

Ao final, no terceiro capítulo, será efetivamente tratado a respeito da confissão qualificada, conceituando-a. Após, serão elencados argumentos doutrinários e restrições legais que fundamentam a impossibilidade de sua incidência como atenuante.

No item seguinte, será feita uma breve análise jurisprudencial, analisando alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e do Supremo Tribunal Federal, de forma a mostrar as divergências presentes na jurisprudência interna das cortes. Adiante, serão colacionados alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, atentando para a importância da edição da Súmula 545, bem como a sua relevância prática à matéria.

Ao final, no último tópico, quando restará efetivamente elucidada a problemática presente no trabalho, serão pautados os argumentos favoráveis ao reconhecimento

da confissão qualificada na dosimetria penal, possibilitando a tomada de uma efetiva conclusão sobre o tema.

2 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O presente capítulo tem por escopo tratar um pouco a respeito do princípio constitucional da individualização da pena, relacionando-o aos demais princípios que regulamentam o processo de definição da reprimenda estatal.

Neste sentido, o primeiro tópico versará brevemente sobre as nuances da individualização da pena no decorrer da história. Por conseguinte, será exposta a previsão legal do instituto, bem como a suas funções dentro do ordenamento brasileiro, tratando também da sua correlação com demais princípios.

Por fim, serão analisadas as etapas de individualização da pena, quais sejam: a legislativa, judicial e executiva. E, ao final será realizada uma breve explanação sobre o procedimento de dosimetria da pena, como forma de melhor compreender o restante do trabalho.

2.1 CONSIDERACOES INICIAIS

Para melhor análise do núcleo do presente trabalho, faz-se necessário compreender as nuances do princípio constitucional da individualização da pena, bem como as formas e momentos em que se manifesta, atuando como garantia fundamental do indivíduo.

Desta maneira, deve-se primeiramente enxergar o ordenamento jurídico como uma complexa estrutura, integrada simultaneamente por regras, valores e princípios, que se relacionam reciprocamente entre si (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2014. P. 23).

Os princípios, a partir de uma análise jurídica do termo, são vislumbrados como uma ordenação que irradia todo sistema jurídico, atuando simultaneamente como agente de interpretação, integração, conhecimento e eficiente aplicação do direito positivo (NUCCI, Guilherme de Souza, 2006, p. 29).

Isto posto, devem os agentes do direito tratar os princípios como fontes de inspiração e limitação das suas atuações, na medida em que promovem a garantia

da simetria do sistema, cerceando tanto a conduta do legislador penal, quanto dos aplicadores das leis instituídas (NUCCI, Guilherme de Souza, 2006, p. 30).

Em síntese, na prática, os princípios agem como enunciados gerais, estabelecendo parâmetros e diretrizes orientadores da atividade do aplicador ou interprete do direito de maneira vinculativa obrigatória, expressando os principais valores presentes em uma sociedade.

A Constituição Federal de 1988, fortemente imbuída pelos ideais democráticos vigentes à época de sua criação, conferiu, pela primeira vez na história do Brasil, importância constitucional à dignidade da pessoa humana, atribuindo, conseqüentemente, maior valoração ao supracitado princípio (ARAÚJO, Vicente Leal, 2006, p. 30).

Assim, vale esclarecer que o princípio da dignidade da pessoa humana se manifesta como uma espécie de fundamento do Estado Democrático de Direito, na medida em que congloba em si todas as demais garantias fundamentais do indivíduo – penais e não penais -, assegurando-lhe condições aptas a tornar dignas as vidas das pessoas (NUCCI, Guilherme de Souza, 2006, p. 31).

No presente trabalho, merecem maior atenção os princípios aplicáveis ao direito criminal, principalmente aqueles responsáveis por regular a atividade de aplicação da pena, conforme restará mais claro a seguir.

Dentre tais princípios, cumpre destacar o da individualização da pena, enxergado como uma garantia do indivíduo, manifestada no momento que, constatada a prática criminosa e, devidamente exaurida toda a persecução penal, deve-se estabelecer uma justa sanção ao criminoso (SCHMITT, Ricardo Augusto, 2008, p. 70).

Para uma melhor compreensão do instituto, faz-se por bem traçar um breve paralelo quanto ao contexto histórico que culminou na observância da necessidade da exigência da individualização da pena.

2.2 CONTEXTO HISTÓRICO

A priori, cumpre remeter ao período da história europeia conhecido como Idade Média, amplamente conhecido pela imposição desenfreada de penas dotadas de elevado grau de crueldade, aplicadas sem observância de qualquer garantia do acusado, fazendo despertar um olhar de preocupação sobre estas práticas (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2014, p. 143).

Todavia, com o advento da Escola Clássica – amplamente influenciada pelos ideais iluministas -, durante o século XVIII, passou-se a perceber a necessidade de atentar quanto à proporcionalidade e humanidade das penas, buscando a eliminação de castigos corporais e das sanções desenfreadas anteriormente aplicadas (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2014, p. 143).

Assim, passa-se a considerar a pena não só como um direito da sociedade, mas também como uma garantia do infrator, devendo-lhe ser garantido não ser punido de maneira desproporcional (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2014, p. 144).

Tais pensamentos eram refletidos diretamente no Código francês de 1791, que estabelecia as penas em lei, sem conceder qualquer discricionariedade ao julgador, não possibilitando o ajustamento da pena as peculiaridades do caso concreto (SALEILLES, Raymond, 2006, p.65).

Os ideais das revoluções burguesas de liberdade e repúdio pela figura do Estado se mostram expressos nos preceitos do referido código, na medida em que buscam limitar ao máximo o arbítrio do magistrado, limitando o seu campo de discricionariedade.

Na contramão desta idéia, buscando salvaguardar o direito de individualização da pena, fora instituída uma grande reforma no ordenamento francês – em 1810 -, passando a estabelecer em lei, as sanções mínimas e máximas para cada crime, conferindo ao julgador um campo de atuação no qual poderia adequar a conduta do criminoso (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2014, p. 144).

Entretanto, o Código de 1810 ainda não demonstrava qualquer preocupação em relação ao aspecto intersubjetivo do criminoso, vendo o homem meramente na sua forma abstrata – excluindo a sua individualidade -, da definição do *quantum* da pena (SALEILLES, Raymond, 2006, p.65).

Desta forma, apesar de ainda não parecer ideal – diante da impossibilidade de aplicação de atenuantes ou agravantes, por exemplo -, já se fazia possível observar uma melhora, apresentando, ao menos, indícios de possibilidade de individualização quantitativa da pena.

Observa-se assim, que o sistema clássico era caracterizado principalmente pela incoerência de qualquer distinção entre os indivíduos que praticaram o mesmo delito, tratando igualmente aqueles que cometeram crimes dignos de compaixão e de repulsa, pelo simples fato da conduta ter sido enquadrada no mesmo tipo penal, por exemplo (SALEILLES, Raymond, 2006, p. 72).

Em consequência deste tratamento demasiadamente igualitário, não eram raras as decisões conflitantes em relação a opinião popular, gerando grande descontentamento na sociedade (SALEILLES, Raymond, 2006, p. 72).

Por tais motivos, foi havendo gradativamente a predominância do que se chamou de Escola Neoclássica, culminando, em 1832, na adoção da possibilidade de afastamento da responsabilidade penal dos doentes mentais, bem como a aplicação de atenuantes nas penas dos condenados imputáveis, pelo Código francês (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2014, p. 145).

Assim, a partir deste marco histórico, o direito começou a melhor observar o indivíduo como centro do drama penal, na medida em que o arbitramento da reprimenda começa a exigir uma análise da situação específica em concreto (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2014, p. 145).

No Brasil, com a sua colonização – ocorrida bem depois do seu descobrimento - o país passou a adotar as ordenações portuguesas como se suas fossem aplicando sucessivamente as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p. 143).

Somente em 1815, quando o Brasil adquiriu a categoria de reino, houve efetivamente uma dissociação entre os dois ordenamentos, (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p. 143).

Assim, após a promulgação de algumas leis e decretos que versavam sobre o procedimento penal, em 1830, finalmente, surgiu o Código Criminal do Império,

fortemente influenciado pelo liberalismo francês, e dando fim ao direito penal do horror, anteriormente vigente (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p. 143).

Segundo este Código, a atividade do magistrado limitava-se a identificação do grau de reprovabilidade da conduta e declaração da pena correspondente (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2014, p. 146).

Assim, observa-se que, apesar de ter deixado de aplicar as ordenações portuguesas e, conseqüentemente, o direito penal do horror, o magistrado no Brasil, não possuía margem relevante para exercer sua discricionariedade, tampouco para individualizar efetivamente a pena.

Posteriormente, com a instituição do Código Republicano de 1890, foram acrescentados graus intermediários de reprovabilidade, bem como agravantes da pena, nas hipóteses que o tipo penal trouxesse apenas a previsão de grau mínimo e máximo de reprovação (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2014, p. 147).

Assim, apesar de já demonstrar certo aumento na possibilidade de individualização, a atuação do magistrado ainda ocorria de forma limitada, na medida em que não cabia a ele fazer uma análise geral de todos os elementos da conduta criminosa.

Entretanto, fora instituído um novo Código Penal em 1940, que excluía a previsão dos graus de reprovabilidade, aumentando demasiadamente o arbítrio judicial, a quem passou a competir a análise de diversas circunstâncias fáticas do crime e do acusado (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2014, p. 148).

Desta forma, enfim possibilitou-se o efetivo exercício da individualização da pena, limitada unicamente pelos limites mínimo e máximo do tipo penal, podendo adequar a sanção, verdadeiramente, as condutas específicas do caso concreto.

Nas palavras de Raymond Saleilles (2006, p. 87):

O novo sistema pode ser classificado com o justo título de sistema neoclássico. Apresenta, ao mesmo tempo, uma consequência e uma aplicação das teorias clássicas primitivas e, entretanto, uma reação contra a rigidez de pedra dessas teorias clássicas.

Atualmente, a individualização se mostra tão importante a ponto de merecer status de princípio, expressamente tutelado pela Constituição Federal de 1988, sendo responsável por irradiar todo o sistema jurídico, conforme veremos mais à frente no presente capítulo.

2.3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E SUA CORRELAÇÃO COM OS DEMAIS PRINCÍPIOS

Devidamente realizada breve contextualização histórica a respeito da individualização da pena, passa-se agora a sua análise enquanto princípio.

Desta forma, insta destacar que a individualização da pena se figura como garantia tão importante, que fez merecer a atenção do legislador constituinte, a ponto de adquirir caráter princípio lógico e encontrar-se expressamente tutelada no texto da Carta Magna brasileira, por meio do seu artigo 5, XLVI, senão vejamos:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida , à igualdade , à segurança e à propriedade , nos termos seguintes:

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

Portanto, compreende-se por individualização da pena como princípio-garantia do direito penal, por meio do qual se estabelece a necessidade de que seja o réu tratado conforme as suas peculiaridades, sendo eleita a justa e adequada sanção ao seu caso e pessoa em específico.

Sobre a função dos princípios no direito brasileiro, José Antônio Paganella Boschi (2014, p. 27) assevera:

Os princípios cumprem dúplice função: ajudam o operador do direito a extrair os sentidos das regras para que ele possa identificar a solução legal ou jurídica reclamada para o caso ou, para além dessa função de *ratio legis*, cumprem, na função de *lex*, a função de preencher os vazios legislativos dos quais não escapam as leis e os Códigos.

Ainda sobre a matéria, sabe-se que os princípios possuem a mesma força normativa que as regras, agindo como verdadeiros comandantes da ordem jurídica e

propiciando soluções diante do vazio legislativo (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2014, p. 29)

Desta forma, conclui-se que os princípios, incluindo, portanto, o da individualização da pena, atuam de modo a não só interpretar e proporcionar a extração dos sentidos nos demais dispositivos normativos, como também na solução dos conflitos, possuindo, inclusive, força normativa.

Nesse sentido, a individualização da pena “visa resguardar o valor do indivíduo – precisa ser juridicamente considerado. A atitude implica reposicionamento do interprete e do aplicador da lei penal perante o caso concreto e seu autor, vedadas as abstrações e as generalizações que ignoram o que homem tem de particular” (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2013, p. 143)

A individualização da pena “visa resguardar o valor do indivíduo – precisa ser juridicamente considerado. A atitude implica reposicionamento do interprete e do aplicador da lei penal perante o caso concreto e seu autor, vedadas as abstrações e as generalizações que ignoram o que homem tem de particular” (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2013, p. 143)

Conforme os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci(2009, p. 34):

Individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim, possui o enfoque de, evitando a estandardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto.

Neste mesmo sentido, entende Ricardo Augusto Schmitt (2017, p. 107) que:

Individualizar significa tornar único, caracterizar, promover a distinção das coisas, pessoas ou situações dentro de um contexto fático, tornar algo efetivamente individual, particularizar algo ou alguém que antes possuía tratamento genérico.

Isto posto, a individualização da pena se mostra indispensável, haja vista que a inobservância pode acarretar na tomada de decisões arbitrárias – e até abusivas - pelo aplicador da lei, já que, as margens das penas cominadas permitem um elevado grau de discricionariedade do magistrado (BOSCHI, José Antonio Paganella, 2014, p. 144).

No Brasil, o Código Penal vigente estabeleceu a exigência de arbítrio prudente e relativo, tendo ditado as normas taxativas responsáveis pela condução do procedimento de individualização da pena pelo magistrado, no caso concreto (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2013, p. 148).

Segundo José Antônio Pagnella Boschi (2013, p. 148):

E assim, a individualização da pena devia ser puramente legal, traduzindo-se na tipificação abstrata dos vários crimes, suscetíveis tão-só de se especializar pela consideração de certas circunstâncias modificativas, com valor predeterminado na lei e que o juiz teria, automática e mecanicamente, que aplicar.

Desta forma, consagrou-se no ordenamento brasileiro o sistema de margens penais - limites da pena cominada do tipo penal - e arbítrio judicial - cabendo ao juiz o estabelecimento da reprimenda em concreto.

Observa-se também que, já no momento de estabelecimento de uma sanção penal, a individualização da pena se mostra imprescindível, como forma de personalizar a resposta punitiva do Estado em face do indivíduo que está sendo condenado pela prática da conduta criminosa (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2014, p. 54).

Nas palavras de José Antônio Paganella Boschi (2013, p. 155):

A garantia da individualização da pena, por ensejar a consideração do fato concretamente praticado por indivíduo único, porque revestido de singularidades próprias e intransferíveis, atua como importante fonte de legitimação do direito penal, uma vez que propicia a conciliação de dois extremos: a igualdade sobre a qual estão assentados o direito penal moderno e a diferença, que está presente na natureza, nas sociedades humanas e em todas as pessoas.

Diante da referida previsão, sendo a Constituição Federal compreendida como norma basilar do Ordenamento Jurídico, torna-se ela responsável por conferir fundamento de validade às demais normas do sistema. (SCHMITT, Ricardo Augusto, 2017, p. 107).

Portanto, por conta da posição hierarquicamente superior das normas constitucionais, a previsão expressa da garantia fundamental da individualização da pena faz com que todos os demais dispositivos normativos relacionados à matéria devam estar a ela submetidos.

Nesta mesma senda, José Antônio Paganella Boschi (2013, p. 155) afirma que:

Com efeito, a fundamentação das decisões judiciais (art. 93, inciso IX, da CF) é hoje uma garantia do indivíduo, inserida no contexto das lutas seculares que assinalaram a história do homem e das sociedades, sendo, no dizer de Fragoso, citando Brícola, o “diafragma que separa o poder discricionário do arbítrio”.

Assim, o princípio da individualização da pena age de maneira a proporcionar uma dupla garantia: na medida em que estabelece a obrigatoriedade de fundamentação da decisão, o princípio trabalha para assegurar que o apenado tenha conhecimento do porquê de estar sendo condenado, facilitando, por conseguinte, o seu direito de defesa (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2013, p. 155).

A materialização da individualização da pena, através da correta fundamentação da sentença penal, se constitui como uma resposta ao apenado - uma explicação sobre os motivos que justificam a sua condenação, bem como seus fatores qualitativos e quantitativos (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2013, p. 155).

Pois bem, não há de se questionar a importância da individualização da pena, uma vez que a sua inobservância, com consequente estabelecimento de uma sanção genérica, prescindiria, inclusive, da figura humana do magistrado, podendo ser realizada mecanicamente por simples programa de computador.

Neste diapasão, o princípio da individualização da pena possui incontestável força normativa, devendo balizar a atuação do magistrado no procedimento de estabelecimento da sanção, atentando para a coexistência de outros princípios, que se complementam entre si, conforme se verá a seguir.

2.3.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade surge após a Revolução Francesa, partindo do ideal burguês que buscava minimizar a possibilidade de atuação do Estado na vida do particular, de modo a limitar os abusos característicos do então recente período absolutista (BATISTA, Nilo, 2007, p. 65).

Deveras, tal princípio deve ser entendido como uma “chave mestra” de qualquer ordenamento que busque ser racional e justo, constituindo-se como uma base

estrutural do próprio Estado de Direito, de forma a conferir-lhe a segurança jurídica exigida (BATISTA, Nilo, 2007, p. 67).

Destarte, extrai-se do citado princípio que, a sede do Estado por vingança em face da prática de conduta delituosa, não poderá, jamais, amparar-se em tirania, uma vez que todo o processo de persecução e punição deve ser exercido levando em conta os preceitos em lei estabelecidos (CUNHA, Rogério Sanches, 2014, p. 89).

Nas palavras de Francisco de Assis Toledo (2010, p. 21), o princípio da legalidade se constitui como uma “real limitação ao poder estatal de interferir na esfera de liberdades individuais”.

No direito brasileiro, o citado princípio tem previsão no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, nos seguintes termos:

XXXIX - Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Observa-se assim, que o princípio da legalidade se constitui como uma das garantias basilares do direito penal, sendo responsável por estabelecer a necessária obediência aos preceitos legais.

Atualmente, doutrina e jurisprudência pátria entendem ser o princípio da legalidade gênero, sob o qual são espécies os princípios da reserva legal, irretroatividade e da enunciação taxativa (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2013, p. 38).

Neste sentido, a reserva legal se refere a necessidade de instituição de tipo penal mediante lei em sentido estrito (CUNHA, Rogério Sanches, 2014, p. 90).

Deste modo, têm-se que a reserva legal atua de forma a restringir a persecução penal à aquelas pessoas que praticaram condutas descritas legalmente como crime, limitando a capacidade punitiva do Estado.

Assim, torna-se inviável a criação de norma penal ou cominação de penas por meio de medidas provisórias, por exemplo. Caso fosse possível, o caráter de incerteza característico das desta espécie normativa ensejaria em grave insegurança jurídica,

além de iminentes constrangimentos durante o curto período de sua vigência (CUNHA, Rogério Sanches, 2014, p. 90).

Entretanto, excepciona-se a referida vedação nas hipóteses em que a medida provisória vier a versar sobre Direito Penal de maneira favorável ao réu (CUNHA, Rogério Sanches, 2014, p. 90).

De modo corolário ao princípio da legalidade, têm-se a questão das analogias no direito penal.

É chamado de analogia o procedimento lógico por meio do qual se aplica determinado dispositivo normativo diante da ausência legislativa a respeito de determinada conduta que lhe pareça semelhante (TOLEDO, Francisco de Assis, 2010 p. 21).

Diante destas situações, poderá o aplicador do direito se utilizar da analogia *in malam partem*, caracterizada pela aplicação ou agravação da pena; e a analogia *in bonam partem*, fundamentada na não aplicação ou diminuição da pena do acusado (TOLEDO, Francisco de Assis, 2010 p. 21).

O direito penal brasileiro veda a aplicação da analogia *in malam partem*, por força do princípio da legalidade, sendo, entretanto, permitida a analogia *in bonam partem* (BATISTA, Nilo, 2007, p. 77).

Por sua vez, a irretroatividade faz referência ao período temporal da ocorrência da conduta, sendo vedada aplicação de leis penais a fatos ocorridos antes da data da sua entrada em vigor (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2013, p. 38).

A citada regra é também excepcionada pela lei penal benéfica, hipótese em que se poderá, inclusive, desconstituir sentença penal condenatória transitada em julgado (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2013, p. 39).

Por fim, a enunciação taxativa faz menção a figura do legislador, sendo exigido a instituição de tipos penais claros, sem abrir espaço para dúvidas, por meio da utilização de termo vago ou incerto (CUNHA, Rogério Sanches, 2014, p. 92).

Dessa forma, impossível dissociar o princípio da legalidade a individualização da pena, na medida em que se faz necessária a existência de determinação legal de pena cominada previamente estabelecida, bem como todos os critérios orientadores do procedimento de individualização da pena, não podendo este se dar somente

conforme discricionariedade do juiz, atentando para o caráter de proteção ao réu, característico do direito penal (NUCCI, Guilherme de Souza, 2009, p. 37).

Ademais, deve-se entender que a abrangência do princípio da legalidade não se limita apenas ao exercício de cominação legal da pena pelo legislador, compreendendo também a aplicação da pena e a sua execução, como todo o processo penal (BATISTA, Nilo, 2007, p. 77).

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (1999, p. 33):

Observa-se, pois, a inquietação do constituinte em estabelecer um regime democrático e cercado de direitos e garantias aos acusados de modo geral e especialmente no âmbito do processo penal. O direito de defesa, pressuposto lógico do devido processo legal, inexistiria por si só. Caso não viesse acompanhado de instrumentos que permitissem aplicá-lo na íntegra.

Conforme se verifica, resta assegurado que a sanção penal deverá ser estabelecida e aplicada em observância aos parâmetros legalmente fixados, evitando a prática de abusos, principalmente por parte do magistrado (NUCCI, Guilherme de Souza, 2009, p. 37).

No que se refere às circunstâncias atenuantes, a legalidade deve ser observada nos termos do artigo 65, CP, que impõe a obrigatoriedade de sua incidência na dosimetria, conforme veremos mais a fundo ainda no presente capítulo.

Desta forma, ocorrendo a confissão, por exemplo, não poderá o julgador deixar de reconhecê-la, na medida em que deve estrita obediência ao princípio da legalidade.

Portanto, observa-se que o julgador, no momento da aplicação da pena, estará submetido e vinculado ao princípio da legalidade – de modo a diminuir o seu poder de discricionariedade e, conseqüente, evitar o cometimento de eventuais arbitrários.

2.3.2 Princípio da proporcionalidade

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade decorre de uma concepção iluminista responsável pela vedação dos excessos, de modo a garantir a proteção dos direitos e das liberdades do indivíduo (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2014, p. 55).

Assim, no bojo do processo penal, o referido princípio atua como fundamento para evitar a ocorrência de decisões desalinhadas, com penas manifestadamente desproporcionais em relação ao ilícito cometido (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2014, p. 55).

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 34):

Proporcionalidade é o que se espera da harmônica aplicação dos princípios constitucionais e das normas infraconstitucionais, não sendo possível, portanto, a previsão e aplicação de penas demasiadamente exageradas quando observada a situação sob exame.

Desta forma, o citado princípio tem por escopo, conforme ensinamentos de José Luís Díez Ripollés (2005, p. 135), “se opor ao arbítrio excessivo do legislador no momento de determinar o que seja bens jurídico”, dividindo-o em três subprincípios.

Assim, dentre estes subprincípios, tem-se o da idoneidade, que se refere ao potencial de eficácia da intervenção penal como forma de preservar o bem jurídico, evitando a ocorrência do delito; o da necessidade, exigindo-se a idéia da subsidiariedade do direito penal, aplicado como *última ratio*, de maneira a garantir que o direito penal se preocupe e tutele apenas os bens jurídicos considerados mais importantes (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, 2005, p. 135 e 136).

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito se constitui como um liame material entre o delito e a consequência, atuando como uma espécie de junção das duas subespécies citadas, de maneira a agir como componente de justiça, vedando a prática de proibição em excesso, cerceando a discricionariedade do legislador quanto a criminalização exacerbada (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, 2005, p. 135 e 136).

Nas palavras de Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003, p. 170):

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito constitui o último momento, no âmbito do amplo princípio da proporcionalidade, em que se efetua o juízo a respeito da pertinência constitucional da norma incriminadora. Uma vez que o tipo penal já tenha sido analisado quanto a sua necessidade e idoneidade – e superados tais requisitos - tem lugar uma valoração comparativa entre o objetivo desejado e o meio para alcançá-lo, de modo que o juízo sobre a proporcionalidade *stricto sensu* impõe que meio e fim devem resultar proporcionais, um em relação ao outro.

Ademais, cumpre observar o grande vínculo entre a individualização da pena e o princípio da proporcionalidade, estando, inclusive, prevista por meio do artigo 59, do Código Penal, *in verbis*:

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

Desta forma, percebe-se que o supracitado dispositivo normativo tem por escopo regulamentar a atividade do julgador na aplicação da pena, de modo necessário e suficiente a obtenção dos fins de reprovação e prevenção do crime (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2014, p. 56).

Assim, mostra-se imprescindível observar as especificidades da situação, a fim de possibilitar a justa aplicação da sanção, levando em conta a gravidade da ofensa, o grau de participação do apenado e as suas particularidades pessoais, por exemplo (SCHMITT, Ricardo Augusto, 2017, p. 107).

Nas palavras de José Antônio Paganella Boschi (2014, p. 56):

Com a regra da proporcionalidade viabilizando a valoração, no caso concreto, de todas as circunstâncias judiciais que, de algum modo, guardem relação com o agente, com o fato ou com a vítima, obtém-se as condições para que o direito penal adquira “flexibilidade, se fluidifique, se desentorpeça.

Mas não só isso. Diante todo o exposto, de certo que a proporcionalidade tem papel fundamental na definição do *quantum* da pena pelo julgador, entretanto, deve-se observar que os seus preceitos devem irradiar também o processo legislativo, no momento de instituição de determinada conduta como crime e estipulação de sua pena cominada (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2014, p. 56).

Por fim, é no mesmo princípio que se fundamenta o dever que o juiz de execução tem de pautar todo processo de cumprimento da pena, adequando-o conforme as especificidades e de maneira individualizada (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2014, p. 56).

Isto posto, mostra-se evidente o vínculo direto entre o princípio da proporcionalidade e o da Individualização da pena, haja vista que juntos, são responsáveis pela imposição da justa sanção ao agente criminoso condenado.

2.2.3 Princípio da responsabilidade pessoal

Por fim, preceitua o princípio da personalidade que a responsabilidade pelo ato criminoso cometido não poderá ser transferida a terceiro, conforme previsão expressa do artigo 5º, XLV, da Constituição Federal:

Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade nos termos seguintes:

XLV – Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

A individualização da pena se manifesta como forma de concretizar o Princípio da Personalidade, quando impede a transcendência além da pessoa do criminoso, sendo este responsável apenas pelos atos por ele praticados. (NUCCI, Guilherme de Souza, 2009, p. 43).

Assim, por meio deste Princípio é vedada a retomada de prática comum no decorrer da história, conhecida popularmente como vingança privada, quando a pena poderia ser aplicada, por exemplo, em face de descendente do autor do ato criminoso – conduta veementemente proibida atualmente (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2013, p. 49).

Devidamente concluída breve elucidação a respeito dos princípios diretamente relacionados a Individualização da Pena, passa-se agora para análise das suas fases de desenvolvimento.

2.4 FASES DE DESENVOLVIMENTO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A priori, cumpre esclarecer que o processo de individualização da pena se desenvolve a partir de três classes: uma legal, fruto do exercício da atividade legislativa; uma judicial, realizado pelo juiz; e por fim, a executiva, feita pela

administração no bojo da execução penal – todas elas diretamente interligadas entre si (SALEILLES, Raymond, 2006, p. 185).

Em um primeiro momento, deverá o legislador fixar, ao definir o tipo penal incriminador, a sua pena cominada - penas mínima e máxima – de modo suficiente e necessário para reprovação e prevenção do crime. Está é a individualização legislativa (NUCCI, Guilherme de Souza, 2006, p. 36).

Tomando como referência este limite estabelecido pelo legislador, no momento da ocorrência da infração penal, deverá o juiz atuar no sentido de estabelecer o *quantum* da pena em concreto ao condenado, em todos os seus prismas e efeitos. É a individualização judiciária (NUCCI, Guilherme de Souza, 2006, p. 36).

Por fim, caberá ao juiz de execução penal, proceder com a individualização do cumprimento da pena aplicada (NUCCI, Guilherme de Souza, 2006, p. 36).

Isto posto, devidamente citadas as três etapas de individualização da pena, passa-se agora as suas análises, bem como a sua importância dentro do contexto jurídico-constitucional.

2.4.1 Etapa legislativa

Entende-se pela etapa legislativa, como primeiro momento do processo de individualização da pena, quando é feita uma seleção por parte do legislador infraconstitucional, responsável por selecionar as condutas que entende ser mais lesivas aos bens jurídicos que busca tutelar.

Em verdade, neste momento não há uma individualização em sentido estrito, já que a lei não tem conhecimento sobre os indivíduos e as circunstâncias de um crime que sequer ocorreu, não tendo como prever nada mais do que as condutas que serão tipificadas e suas penas cominadas (SALEILLES, Raymond, 2006, p. 185).

Entretanto, aqui compete ao legislador instituir uma espécie de organização do processo de individualização da pena na etapa judicial, estabelecendo os elementos da classificação legal, critérios, regimes de penas, circunstâncias atenuantes, agravantes, etc. (SALEILLES, Raymond, 2006, p. 185).

Observa-se nesta etapa uma importante missão na tarefa exercida pelo legislador penal, na medida em que lhe é outorgada a responsabilidade de orientar as bases legais para que o magistrado as individualize ao se deparar com a situação em concreto.

Desta forma, a etapa legislativa da pode ser entendida como uma organização da atividade de individualização a ser realizada pelo julgador, como forma de evitar o cometimento de abusos decorrentes que um maior poderio discricionário poderia acarretar.

Assim, mediante a escolha dos bens jurídicos que merecem proteção do Estado, deverá o legislador - representante da sociedade -, determinar as condutas que serão tidas como criminosas, bem como os limites mínimo e máximo de pena correspondente a cada tipo penal (SCHMITT, Ricardo Augusto, 2008, p. 72).

Observa-se que, a criação de tipos penais deve se basear na vedação de comportamento que gerem perigo ou acarretem em lesões a determinado bem jurídico (CUNHA, Rogério Sanches, 2017, p. 74).

A atividade legislativa deve respeitar o fato do Direito Penal constituir-se como *última ratio*, ou último recurso, apto a tutelar o bem jurídico (BOSCHI, José Antônio Pagnella, 2013, p.39).

Não é outro o entendimento de Fabio Roque da Silva Araújo (2009, p. 298), *in verbis*:

Por seu turno, convém esclarecer que a função do direito penal não é a punição pura e simples, por meio de imposições de aflições, nem tampouco a proibição, ou mesmo coibição, de condutas com maior ou menor grau de reprovabilidade social. Em verdade, a previsão e posterior cominação de sanções são apenas instrumentos a serem utilizados para o alcance do escopo precípua do direito penal, que é a proteção de determinados bens jurídicos, considerados mais relevantes para a sociedade.

Portanto, a atividade legislativa de criação dos tipos penais deverá ter como escopo a proteção dos bens jurídicos selecionados, não devendo o Estado proibir criminalmente determinada conduta considerada menos gravosa com mero intuito punitivo.

Desta forma, compete ao legislador penal apenas a proteção dos bens jurídicos considerados mais importantes, bem como a tipificação das condutas mais nocivas a estes.

Destarte, com base na relevância jurídica do bem protegido, atentando para o princípio da proporcionalidade, deverão ser estipulados os limites quantitativos para a pena em abstrato, que servirão como norteadores da atividade do magistrado na aplicação da pena em concreto (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2013, p. 39).

Neste sentido, Carmen Silvia de Moraes Barros (2001, p. 115) esclarece que:

Cabe ainda ao legislador, ao cominar penas, considerar que as restrições dos direitos fundamentais (que sempre implicam em alguma criminalização e respectiva punição) devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. O conteúdo da necessidade se atualiza na história, da mesma forma que o direito se legitima pela sua realização em cada momento histórico.

Isto posto, observa-se que, a proporcionalidade figura como instituto fundamental, tanto na legitimação da atuação do Estado, quanto na limitação do seu poderio punitivo, na medida em que visa garantir a incoerência de arbitrariedades pelo legislador durante o exercício de criação dos tipos penais.

Devidamente elucidada a fase legislativa de individualização da pena, volta-se agora para a análise da etapa judicial.

2.4.2 Etapa judicial

Tendo em vista a o exercício da atividade legislativa de individualização da pena, conforme visto anteriormente, passa o direito penal a prever a proibição de determinadas condutas que tendam a violar os bens jurídicos mais importantes tutelados.

Neste sentido, tendo o indivíduo incidido em qualquer uma das condutas tipificadas no bojo da etapa legislativa, parte-se para a segunda fase do processo de individualização da pena, a etapa judicial (GRECO, Rogério, 2014, p. 567).

Devidamente realizada a subsunção da conduta ao tipo penal, procederá o magistrado com a individualização judicial, atentando para a necessária obediência

aos parâmetros e diretrizes fixados em lei, sob pena macular o ato, ensejando na sua consequente nulidade (GRECO, Rogério, 2014, p. 567).

Assim, deverá o juiz, ao proferir a decisão condenatória, individualizar a pena no caso concreto, tomando como referência o *quantum* mínimo e máximo estabelecido na etapa legislativa.

Nas palavras de José Antônio Paganella Boschi (2013, p. 150), ao proferir a sentença, o magistrado deverá:

Se conformar, em sua função de determinar, de um lado, a moldura penal abstrata pertinente ao fato e, de outro, de escolher a espécie ou tipo de pena a aplicar concretamente, sempre que o legislador tenha posto mais do que uma a sua disposição.

Assim, no procedimento de individualização judicial, o magistrado encontra-se vinculado ao conteúdo estabelecido pelo legislador infraconstitucional, devendo seguir fundamentadamente, a fim de evitar o cometimento de eventuais arbitrariedades, proclamando “a pena em espécie e quantidade que reflita o ideal da proporcionalidade entre a ação criminosa e a resposta penal” (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2013, p. 150).

Não é diferente a visão da doutrina, conforme se verifica na lição de José Antônio Paganella Boschi (2013, p. 149), abaixo transcrita:

Na segunda fase, a pena é individualizada em concreto, pelo juiz competente para a prolação da sentença, tendo como referência as margens mínimas e máximas estabelecidas pelo legislador, de modo a revelar-se, nessa fase, um mútuo esforço entre os membros dos Poderes Legislativo e Judiciário, com vista à efetivação do Direito Penal.

Portanto, na fase judicial, reserva-se ao juiz o dever de estabelecimento da pena em concreto, baseado nos limites pré-fixados pelo legislador, sendo esse o momento responsável pela fuga da padronização da pena, diretamente relacionado ao foco do presente trabalho.

Diante dessa breve elucidação, passa-se a última fase da individualização da pena, frisando-se que, por constituir-se como núcleo principal do presente capítulo, a etapa judicial será posteriormente destrinchada mais a fundo.

2.3.3 Etapa executiva

Por fim, na terceira e última fase, o juiz das execuções, se baseando no conteúdo estabelecido na sentença condenatória, será responsável pelo processo de execução da pena, também de maneira individualizada (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2013, p. 150)

A fase de execução no processo penal representa o momento em que se efetiva verdadeiramente o comando da sentença penal condenatória, impondo ao apenado o cumprimento da sua sanção (NUCCI, Guilherme de Souza, 2017, p. 957).

A importância conferida a individualização da pena, inclusive na fase de execução da pena, se mostra clara mediante breve observação das exigências estabelecidas por meio dos artigos 1º e 2º, da Lei de Execuções Penais, abaixo transcritos:

Art. 1º - A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Art. 2º - A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

Todavia, apesar de extrema relevância da etapa executiva para o processo penal, a melhor compreensão do presente trabalho não perpassa por qualquer análise mais adentro da matéria, omitindo, portanto, de maior aprofundamento.

Diante de breve explanação a respeito das três fases de individualização da pena, retomaremos a fase judicial, especificamente ao procedimento de dosimetria da pena, que possui enfoque mais relevante à análise do núcleo do presente trabalho.

2.5 DOSIMETRIA DA PENA

A dosimetria da pena se manifesta como o procedimento adotado pelo direito brasileiro como forma de promover o equilíbrio das exigências garantistas, dos princípios constitucionais penais e a premissa da individualização da pena no caso concreto (BRANDÃO, Claudio, 2008, p. 326).

Atualmente no Brasil, deve o juiz se basear no método trifásico de dosimetria da pena, para, na fase judicial de individualização, estabelecer a justa sanção ao

apenado, mas nem sempre foi assim (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2013, p. 150).

Anteriormente, existia grande divergência doutrinária no que se refere ao correto procedimento para o estabelecimento da pena, perdurando a referida discussão até o ano de 1984, com a reforma da parte geral do Código Penal (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2013, p. 151).

Para Roberto Lyra, por exemplo:

Apreciando em conjunto a realidade, segundo os critérios gerais do art. 42 e atendidas sempre as situações dos arts. 42 e 48 (no caso do concurso de pessoas, atua, também, o art. 45), estabelecerá a pena-base, sobre a qual incidirá o aumento ou a diminuição especificados, quer na parte geral, quer na parte especial (art. 50 e seus parágrafos) e a diminuição prevista no art. 6º (...) quando não ocorrem causas de aumento ou diminuição, que são inconfundíveis com as circunstâncias agravantes e atenuantes explícitas e peremptórias e com as decorrentes do art. 42, a quantidade da pena resulta, exclusivamente, do uso da faculdade do art. 42 e do cumprimento obrigatório dos preceitos dos arts. 44 a 48, atendido sempre o art. 49 (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2013, p. 150).

Percebe-se que, segundo Roberto Lyra, a dosimetria da pena deveria ocorrer em apenas duas fases. Assim, na primeira etapa, caberia ao magistrado valorar as circunstâncias judiciais (atualmente previstas ao artigo 59) e as circunstâncias legais agravantes e atenuantes (atualmente elencadas nos artigos 61 e 67) conjuntamente (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2013, p. 150).

Por fim, sobre a pena-base, deveria incidir apenas mais uma fase derradeira, quando seriam aplicados os aumentos e diminuições, correspondentes nos dias de hoje as majorantes e minorantes, que atualmente podem ser encontradas tanto na Parte Geral, quanto na Parte Especial (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2013, p. 151).

Portanto, conforme o entendimento de Roberto Lyra, a dosimetria da pena deveria ocorrer a partir da utilização de um método bifásico.

Entretanto, parte da doutrina, encabeçada pelo criminalista Nelson Hungria, afirmava que os cálculos judiciais referentes a dosimetria da pena deveriam ocorrer não em duas, mas em três fases (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2013, p. 151).

Ainda segundo ele, seriam consideradas, primeiramente, as circunstâncias judiciais, a título de fixação da pena-base; sob a qual incidiriam, posteriormente, as

atenuantes e agravantes, a fim de chegar-se ao valor da pena provisória; e, por fim, os aumentos e diminuições em decorrência de majorantes e minorantes (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2013, p. 151).

O modelo trifásico de Nelson Hungria constou no Código Penal de 1969, não tendo, entretanto, entrado em vigor, o que culminou na sua revogação. (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2013, p. 151).

A discussão a respeito da matéria chegou definitivamente ao fim, apenas em 1984, com a reforma da Parte Geral do Código Penal, que optou pela adoção do modelo trifásico de dosimetria da pena, por ser considerado mais condizente com o sentido de individualização judicial da pena (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2013, p. 152).

Atualmente, portanto, adota-se o modelo trifásico:

Assim, sobre a pena cominada (prevista no tipo penal), numa primeira fase, estabelece-se a pena-base atendendo as circunstâncias judiciais trazidas pelo artigo 59 do CP; em seguida; fixada a pena-base, sobre ela incidirão eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes (arts. 61, 62, 65 e 66); por fim, encerrando o quantum da reprimenda, serão consideradas as causas de diminuição e aumento da pena previstas tanto na Parte Geral como na Especial do Código (CUNHA, Rogério Sanches, 2017, p. 441).

Destarte, o referido modelo é consagrado por meio do artigo 68, caput, do vigente Código Penal, que divide o procedimento de definição da pena em três etapas, conforme se verifica a partir de breve leitura do dispositivo normativo:

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.

Assim, tem-se na primeira etapa, a fixação da chamada pena-base, mediante análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2014, p.159), *in verbis*:

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

Nesse sentido, compreende-se por circunstâncias judiciais como sendo os elementos de caráter moral do réu (elementos subjetivos), como a culpabilidade, os

antecedentes, a personalidade e a conduta social; bem como os elementos do próprio ato delituoso (elementos objetivos); os que se relacionam à motivação, circunstâncias e consequências do delito, além do comportamento da vítima (SCHVEITZER, Thais, 2017, p. 54).

Assim, na primeira fase da dosimetria, deverá o juiz sentenciante partir da pena mínima cominada, aumentando-a com base no reconhecimento negativo de cada circunstância judicial, até o limite máximo, a partir de uma minuciosa análise do caso em concreto, evitando aumentos ou diminuições genéricas.

Cada uma dessas circunstâncias judiciais deve ser analisada e valorada individualmente, não podendo o juiz simplesmente se referir a elas de forma genérica, quando da determinação da pena-base, sob pena de se macular o ato decisório, uma vez que tanto o réu como o Ministério Público devem entender os motivos pelos quais o juiz fixou a pena-base naquela determinada quantidade (GRECO, Rogério, 2014, p. 568).

A pena-base reflete, portanto, uma necessidade prática e vinculada a aplicação mesma do sistema, se impondo como ponto de partida de uma operação sob a qual serão realizados tanto acréscimos, quanto diminuições, até chegar-se ao resultado final (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2014, p.159).

Devidamente finalizada a etapa de definição da pena-base, deverão ser examinadas as circunstanciais legais atenuantes e agravantes, a fim de se chegar ao valor quantitativo da pena provisória (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2014, p.199).

Nessa fase, serão reconhecidas as circunstâncias atenuantes e agravantes presentes no caso, devendo ser devidamente quantificada e fundamentada pelo julgador, sob pena de desprestígio ao direito fundamental das partes de controlarem o juiz (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2014, p.202).

Circunstâncias legais são todas as particularidades envolvendo a prática do delito (fato e autor), devidamente previstas em lei, logo, cuja descrição é feita pelo próprio legislador na elaboração da norma penal. Podem ser genéricas, ou seja, previstas na parte geral do Código Penal, para aplicação a todos os crimes: agravantes e atenuantes (NUCCI, Guilherme de Souza, 2013, p. 153 e 154).

Assim, entende-se por circunstâncias agravantes como aquelas previstas no rol taxativo dos artigos 61 e 62, do Código Penal, responsáveis pelo aumento da pena de qualquer conduta criminosa, devendo ser reconhecidas obrigatoriamente pelo magistrado, se presentes no caso sob análise, inclusive, de ofício (SCHMITT, Ricardo Augusto, 2014, p. 184 e BOSCHI, José Antônio Paganella, 2014, p.200).

As referidas circunstâncias são chamadas de legais em decorrência da sua expressa previsão. Em obediência ao princípio da legalidade, conforme anteriormente exposto, encontram-se as agravantes previstas nos artigos 61 e 61 e as atenuantes nos artigos 65 e 66, todos do Código Penal (BITENCOURT, Cezar Roberto, 2013, p. 775).

Por não possuírem vinculação com qualquer tipo penal, as circunstâncias legais são consideradas genéricas, devendo ser aplicadas, via de regra, a qualquer tipo penal (GRECO, Rogério, 2013, p. 577).

Ademais, cumpre salientar o caráter obrigatório e vinculativo das agravantes e atenuantes, não podendo ser ignoradas pelo magistrado, no momento do estabelecimento do *quantum* da sentença. Presente a circunstância legalmente prevista, deverá o juiz sentenciante proceder com a aplicação da atenuante ou agravante (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2014, p. 199 e 200).

Outrossim, as agravantes e atenuantes da pena são subdivididas em subjetivas, quando se referem a elemento subjetivo do suposto crime; objetivas, quando se avalia o efetivo conteúdo do injusto; ou ainda, poderá ser atenuada a pena com fundamento em considerações político criminais, a exemplo da confissão espontânea (BOSCHI, 2014, p. 198).

Por sua vez, as circunstâncias legais agravantes são aquelas que aumentam a pena, quando essas não constituírem ou qualificarem o crime (GRECO, Rogério, 2013, p. 580), conforme expressa previsão do artigo 61, caput, do Código Penal:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

[...].

Nas palavras de José Antônio Paganella Boschi (2014, p. 198):

As agravantes e atenuantes não se confundem com as qualificadoras, majorantes ou minorantes, porque estas exercem funções diferentes nesse método.

As qualificadoras reposicionam o juiz diante de margens penais distintas das do tipo básico e as últimas determinam o aumento ou diminuição da pena provisória, com vista a concreta determinação da pena definitiva.

Assim, tem-se a impossibilidade de interferência de circunstancia previstas como agravantes na definição jurídica do tipo penal, uma vez que, diante dessa hipótese, não se estaria falando de agravante da pena, mas sim de um tipo penal diverso (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2014, p. 200).

Circunstancias são dados periféricos que gravitam ao redor da figura típica e tem por finalidade diminuir ou aumentar a pena aplicada ao sentenciado. Por permanecerem ao lado de definição típica, as circunstancias em nada interferem na definição jurídica da infração penal (GRECO, Rogério, 2014, p. 577).

No que pese a obrigatoriedade de aplicação de circunstancia agravante presente, tem-se uma mitigação a essa regra em duas diferentes hipóteses.

Cumprir destacar também o caráter taxativo do rol de agravantes previsto no nos artigos 61 e 62, do Código Penal, não sendo possível, portanto, a sua ampliação, sob pena de violação do princípio da reserva legal (NUCCI, Guilherme de Souza, 2009, p. 213).

Por sua vez, são compreendidas como circunstancias legais atenuantes aquelas que abrandam a pena-base, sendo previstas por meio do artigo 65, do Código Penal (GRECO, Rogério, 2013, p. 589), *in verbis*:

Art. 65 - 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 consequências, 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 a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Neste ponto merece destaque a atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, constituída como parte extremamente relevante para o núcleo central do presente trabalho, mas que terá sua análise realizada mais a fundo no próximo capítulo.

As atenuantes se assemelham às circunstâncias agravantes por também possuírem caráter genérico e aplicação obrigatória (GRECO, Rogério, 2013, p. 589).

Entretanto, diferentemente do rol de circunstâncias agravantes, previstos nos artigos 61 e 62, o rol do artigo 65 não é taxativo (GRECO, Rogério, 2013, p. 590).

Em regra, as atenuantes encontram-se previstas por meio do artigo 65, do Código Penal, sendo possível, entretanto, a aplicação das chamadas atenuantes inominadas – sem expressa previsão legal – conforme preceito do artigo 66, do referido Código, *in verbis*:

Art. 66 – A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstancia relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Assim, o artigo 66 do Código Penal, é responsável por excepcionar a regra da taxatividade, na medida em que autoriza o magistrado a promover o abrandamento da pena-base em razão de circunstâncias não previstas no rol do artigo 65.

Portanto, apesar da pena somente poder ser agravada se presente alguma das circunstâncias expressamente previstas nos artigos 61 e 62, do Código Penal, a sua amenização poderá ocorrer diante de circunstância não prevista no rol taxativo, manifestando o caráter garantista exigido do direito penal.

Conclui-se assim que, as atenuantes assemelham-se as agravantes no que se refere ao caráter genérico, obrigatoriedade e taxatividade, mas diferenciam-se quanto a possibilidade de sua aplicação sem expressa previsão legal, desde que por fatos relevantes anteriores ou posteriores ao crime.

Por último, a título de breve esclarecimento, tem-se a terceira etapa, quando se observará as causas especiais de diminuição e aumento da pena, previstos na parte geral e especial do código penal (SCHMITT, Ricardo Augusto, 2014, p. 247)

Nesta etapa, as causas deverão ser aplicadas uma sobre as outras, sendo inviável compensar por igual aumento e diminuição (NUCCI. Guilherme de Souza, 2013, p. 269).

Por fim, devidamente individualizada a pena, deverá o magistrado estabelecer o regime inicial para seu cumprimento, bem como eventual possibilidade de substituição da pena por medidas alternativas, como restritivas de direitos, multa ou sursis (SANCHES, Rogério da Cunha, 2017, p. 441).

3 CONFISSÃO

Para começar a se debruçar mais especificamente acerca da confissão qualificada e suas nuances no ordenamento jurídico pátrio, faz-se necessário tecer algumas breves considerações a respeito do instituto da confissão, de uma maneira geral.

Assim, o presente capítulo busca, através de seu primeiro tópico, estabelecer um conceito para o instituto, visando compreender a sua natureza. O segundo, por sua vez, passará brevemente pelo objeto da confissão nos sistemas inquisitivo, acusatório e misto.

O terceiro tópico refere-se aos principais elementos de validade da confissão, enquanto o quarto, esmiuçar as suas características, retratabilidade e divisibilidade, de extrema relevância ao entendimento da sua modalidade qualificada; por fim, no último ponto, será explicado um pouco a respeito do tratamento legal conferido a confissão, tanto pelo código de processo penal - enquanto prova - quanto pelo código penal, implicando no seu reconhecimento como atenuante da pena.

Assim, será possível progredir para o próximo capítulo, como forma de entender, ao final do trabalho, a relevância da confissão qualificada, bem como o seu potencial de aplicabilidade na dosimetria da pena.

3.1 CONCEITO

Para efetivamente entender o significado da confissão, bem como o seu condão de gerar efeitos positivos ao confitente, faz-se necessário entender que se trata de testemunho sobre fato próprio, conhecendo as várias nuances do instituto.

No testemunho sobre fato próprio, o acusado, mais do que qualquer outra pessoa, se encontra em estado de melhor conhecer e falar sobre o fato por ele vivido, tanto na sua dimensão externa – do que aconteceu – quanto na sua essência interna – do que estava pensando para fazê-lo (MALATESTA, Nicola Framarino Dei, 2001, p. 434 e 435).

Isto posto, esse tipo de declaração revela-se como aquele apto a efetivamente ensejar a elucidação da matéria controvertida em sua totalidade, desde que essa seja a verdadeira intenção do testemunhando (MALATESTA, Nicola Framarino Dei, 2001, p. 435)

Desta forma, entendendo verdadeiramente as nuances da prática criminosa, bem como do seu autor, faz-se possível estabelecer uma sanção mais adequada ao caso em concreto, propiciado uma individualização da pena mais justa.

Assim, poderá a declaração sobre fato próprio ser proferida em vantagem própria, quando será chamada de desculpa; ou em total desvantagem para si, sendo chamada de confissão (MALATESTA, Nicola Framarino Dei, 2001, p. 435).

Têm-se ainda uma terceira possibilidade, quando, diante da possibilidade de divisão do conteúdo da confissão – melhor esmiuçada mais à frente, ainda no presente trabalho-, apresentar simultaneamente uma vantagem e desvantagem. Neste caso estará se falando de uma confissão qualificada (MALATESTA, Nicola Framarino Dei, 2001, p. 435).

Observa-se deste modo, que uma declaração do acusado sobre fato próprio poderá ser proferida em diferentes sentidos, o que poderá alterar também as consequências advindas de sua realização, como será visto a seguir.

Neste sentido, entende-se por desculpa como sendo o testemunho do acusado sobre fato próprio proferido em seu favor, quando este busca obter vantagem, seja por meio da absolvição quanto ao fato criminoso a ele imputado ou com melhora da sua condição (MALATESTA, Nicola Framarino Dei, 2001, p. 436).

Diante do instinto natural de autoproteção inerente ao ser humano, que deseja afastar-se da possibilidade de qualquer fato que possa ser a ele prejudicial, verifica-se a grandes chances do testemunho refletir, em verdade, uma mentira (MALATESTA, Nicola Framarino Dei, 2001, p. 436).

Por tais motivos, o testemunho que resulte em desculpa já carrega contra si uma presunção preconceituosa de inveracidade natural, o que não significa, em nenhuma hipótese, que se deva concluir sumariamente pela negação de todos os elementos probatórios presentes no testemunho do desculpante. (MALATESTA, Nicola Framarino Dei, 2001, p. 436).

Neste sentido, é incontestável que, como qualquer manifestação de condutas humanas, a justiça eventualmente falha, podendo colocar pessoas inocentes para sentar no banco dos réus e que, ao testemunharem, podem vir a confessar e se desculpar posteriormente, sem deixar, por isso, de falar a verdade neste segundo momento (MALATESTA, Nicola Framarino Dei, 2001, p. 436).

Assim, observa-se que, o testemunho do próprio acusado, mesmo diante da hipótese de desculpa, faz jus à atenção do magistrado, até porque, diante dele está um cidadão presumidamente inocente – e não o contrário - não sendo do interesse da sociedade empreender uma caça às bruxas, mas punir o verdadeiro agente delinquente. A hipótese de desculpa merece do julgador a mesma atenção e consideração que este teria diante de uma confissão (MALATESTA, Nicola Framarino Dei, 2001, p. 444).

A confissão, por sua vez, também é uma espécie de testemunho sobre fato próprio do acusado, sendo imprescindível a sua melhor compreensão para análise do núcleo do presente trabalho.

Inúmeros são os conceitos atribuídos ao termo confissão, sendo vulgarmente sinônimo de revelar, reconhecer a verdade de alguma coisa, deixar transparecer, admitir fato prejudicial, entre outras” (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p. 81).

Segundo Lourival Vilela Viana “pode-se definir a confissão (do latim: *confiteri*– falar, relatar), como a manifestação ou o reconhecimento, por parte de alguém, da autoria de fatos que, em tese, constituem crime ou contravenção” (1953, p. 11).

Parte da doutrina relaciona o conceito de confissão a realização de um ato juridicamente prejudicial aos interesses do declarante, entretanto, na prática, não são poucas as vezes que a confissão concede benefícios ao confitente (VIANA, Lourival Vilela, 1953, p. 12).

Para Guilherme de Souza Nucci (1999, p. 80):

Confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntaria, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso.

Destarte, conforme restará devidamente elucidado abaixo, com base nessa última definição, faz-se possível extrair alguns requisitos, como forma de diminuir a margem de erro em relação às confissões, evitando assim o cometimento de injustiças de responsabilidade do Estado.

3.2 OBJETO DA CONFISSÃO

No decorrer da história, foram conferidos diferentes tratamentos jurídicos em face do instituto da confissão, variando por força do sistema processual penal utilizado, fosse acusatório, inquisitivo ou misto.

Desta forma, cumpre esclarecer brevemente alguns contornos destes tratamentos, na medida em que se mostram de extrema relevância para uma melhor compreensão do instituto e das suas consequências dentro do ordenamento jurídico brasileiro atual.

3.2.1 Sistema acusatório

Denota-se que a origem da utilização do sistema acusatório remete a Grécia e Roma antiga, na medida em que, nos respectivos ordenamentos jurídicos vigentes a época, já se observava algumas das características do referido modelo (MIRABETE, Júlio Fabbrini, 2006, p. 21).

Desta forma, constituíam-se como traços marcantes do sistema os ideais de respeito as garantias individuais, caracterizando-se pela separação entre as figuras do acusador e do julgador, bem como pelo respeito ao contraditório, propiciando um maior grau de isonomia no processo (GRECO FILHO, Vicente, 2010, p. 56.)

Desta forma, a referida separação destaca-se pela presença de um órgão acusador, atuando de maneira desvinculada da figura do julgador, que deveria tomar a sua decisão em consonância com o acervo probatório disponível de maneira neutra (ROSSETTO, Enio Luiz, 2001, p. 128).

Verifica-se assim que aqui há um maior grau de imparcialidade do magistrado, na medida em que a separação das funções de julgador e acusador possibilita mais chance de justiça na tomada de decisões.

Considerando a possibilidade de exercício do contraditório, característico do sistema em questão, a confissão era vista com uma menor frequência quando comparado com o sistema inquisitivo, na medida em que deveria ser valorada em conjunto com as demais provas presentes no processo (GRECO FILHO, Vicente, 2010, p. 55).

Assim, por força das garantias as liberdades individuais marcantes no período, o direito a defesa passou a ser exercido de uma forma ampliada, já que não mais era permitida a prática de torturas ou castigos corporais a fim de conseguir a obter a confissão do acusado.

A partir do século XII, o referido sistema fora sendo gradativamente substituído pelo sistema inquisitório, quando foi efetivamente abolido, ao século XV, com a expansão do modelo de estado monárquicos (LOPES JÚNIOR, Aury, 2016, p. 97).

Nas palavras de Aury Lopes Júnior (2016, p. 97-98):

Essa substituição foi fruto, basicamente, dos defeitos da inatividade das partes, levando à conclusão de que a persecução criminal não poderia ser deixada nas mãos dos particulares , pois isso comprometia seriamente a eficácia do combate à delinquência . Era uma função que deveria assumir o Estado e que deveria ser exercida conforme os limites da legalidade.

Desta forma, com a expansão dos estados absolutistas, que sofriam forte influência do direito canônico, os estados passam a reivindicar o poder de controlar persecução penal, adotando um sistema inquisitivo (RANGEL, Paulo, 2009, p. 47).

3.2.2 Sistema inquisitivo

O sistema inquisitivo, por sua vez, ficou marcado na história pela sua predominância na maior parte da Europa entre os séculos XV e XIX – principalmente no período conhecido como Idade Média-, destacando-se por ser, em sua maior parte, escrito e sigiloso, cumulando em um mesmo julgador as funções de investigação, acusação e julgamento (LOPES JR, Aury, 2016, p. 102).

Conforme preceitua Cristiano Álvares Valladares Lago (2006, p. 11):

no período inicial da Idade Média, a partir da criação de pequenas comunidades - feudos que aos poucos foram se fortalecendo de forma autônoma perante as monarquias, cedendo lugar à dominação do poder da igreja, notadamente, por distribuída de forma eficiente nos mais diversos territórios, comandada por um poder centralizado bem organizado, que entretanto via no crime não só de interesse privado, mas principalmente, um problema de salvação da alma, invocando o poder punitivo como forma de expiação das culpas, assumindo a igreja a função de investigar as infrações e julgar os infratores, instalando-se aos poucos as regras processuais de natureza inquisitórias, sob o pretexto de realização da justiça divina, visando de outra forma o fortalecimento do poder do Papado, encontrando amparo posterior da Monarquia, que restou fortalecida com o apoio da igreja, sob o domínio do Direito Canônico.

Destarte, o sistema inquisitivo instaurado à época foi marcado por inúmeros abusos em face das liberdades individuais, decorrentes da grande concentração de poder nas mãos do juiz –, que acumulava a função de julgador, defensor e acusador - e devia, a qualquer custo, extrair a confissão do acusado, que poderia ocorrer, inclusive, através de torturas, justificando assim a condenação em desfavor do acusado e a sua consciência (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p. 148).

Conforme leciona Enio Luiz Rosseto (2001, p. 26):

Na fase sumaria (inquisitiva), interrogava-se o réu, com ou sem tormento, cuja confissão de culpabilidade tinha valor; no caso de o réu silenciar ou responder negativamente, havia a persecução judicial, por meio do acusador oficial. Com o decorrer do tempo, a fase do juízo desapareceu, pela necessidade de maior rapidez na obtenção da condenação; instalou-se o arbítrio judicial, as garantias processuais do réu desapareceram, então o processo tornou-se arma na luta contra a criminalidade, instrumento claro de repressão orientado a obtenção de uma decisão condenatória, em que, na fase sumaria secreta, a tortura é o meio de se arrancar a confissão.

Nesta fase, o magistrado possuía relevante importância no percurso do processo, sendo de sua responsabilidade, inclusive, provocar a confissão do acusado (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p.147).

Assim, durante a maior parte do período conhecido como Idade Média, a confissão foi reconhecida como prova absoluta, sendo chamada por muitos de “Rainha das Provas”, sendo prática comum a imposição de castigos físicos, coação e torturas a fim de extraí-la (CARRAMANHO, David Evandro Costa, 2006, p. 151).

Nesta época, a confissão era enxergada como escopo máximo do processo penal, haja vista que ensejava na elucidação da matéria controvertida e,

consequentemente, na solução do crime que estava a ser julgado (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p.138).

Nas palavras de Marcellus Polastri (2018, p. 173):

A confissão era antigamente chamada de “rainha das provas”, uma vez que, no processo inquisitivo, era praticamente nessa prova que se assentava a apuração probatória, as vezes utilizando a tortura, chegando a equivaler a coisa julgada, conforme parêmia *confessiohabet vim rei*.

Conclui-se, desta forma, que durante este período da história, a competência outorgada ao julgador, que poderia extrair a confissão do acusado a qualquer custo, recorrendo comumente a prática de torturas, acabava por não evidenciar a verdade dos fatos, já que era corriqueira a admissão da culpa com o simples intuito de fazer cessar os castigos corporais infligidos.

Todavia, o continente europeu também bebeu bastante da água da fonte da Revolução Francesa, influenciando drasticamente o processo penal europeu, o que desencadeou na decadência gradativa das características do sistema inquisitivo, fazendo nascer um direito marcado por maior respeito as garantias individuais, conforme veremos a seguir(NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p. 138 e 139).

Desta forma, com base nas informações sobre os dois sistemas acima expostos, parte da doutrina entende pela existência de um terceiro sistema, caracterizado pela coexistência de características dos dois anteriores. Isto é, o sistema misto.

3.2.3 Sistema misto

O sistema misto decorre da Revolução Francesa, que buscava limitar a possibilidade de atuação do Estado na vida privada dos indivíduos, surgindo, efetivamente, em 1808, com a instituição do Código Napoleônico, caracterizando-se pela coexistência de duas fases (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p. 150).

Na primeira etapa, observa-se a presença de mais atributos referentes ao sistema inquisitivo, na medida em que prevê o processo sigiloso, escrito e de iniciativa do Estado, colocando em segundo plano parte das garantias do acusado (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p. 15).

Por sua vez, na segunda têm-se uma maior observância em relação aos direitos do acusado, garantindo um processo marcado pela oralidade e publicidade, com exercício do contraditório entre as partes e livre apreciação das provas pelo julgador (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p. 151).

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 116-117):

Surgido na Revolução Francesa, uniu as virtudes dos dois sistemas anteriores caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, como a predominância do sistema acusatório. Num primeiro estágio, há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto, no segundo, presentes se fazem a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas.

Em relação ao interrogatório, este era visto simultaneamente como meio de prova, diante da hipótese de realização de uma confissão, por exemplo; e de defesa, já que poderia o acusado utilizar-se deste para se defender, tomando como base as provas já produzidas, já que seria o último ato da instrução processual (MENDONÇA, Andrey Borges de, 2008, p. 294).

No que se refere a confissão, observa-se que o seu valor deveria ser aferido com base no restante do substrato probatório presente nos autos, distanciando-se da idéia de “rainha das provas”, característico do sistema acusatório, mas permanecendo com grande importância (SCHVEITZER, Thais, 2017, p. 21).

Apesar de certa divergência, a maior parte da doutrina entende ser esse o sistema adotado pelo Brasil, entendendo a fase de investigação policial como inquisitiva e a fase judicial, caracterizada pela atuação do Ministério Público como órgão acusador e de um magistrado, como acusatória (TAMBARA, Vinicius Otávio Cechin, 2013, p. 6).

Devidamente realizada uma breve exposição dos sistemas processuais, o presente trabalho volta-se agora a análise dos elementos de validade da confissão.

3.3 ELEMENTOS DE VALIDADE DA CONFISSÃO

Conforme brevemente elucidado anteriormente, a confissão nada mais é do que uma declaração a respeito de algo que se tem conhecimento, devendo obrigatoriamente versar sobre o reconhecimento da prática da conduta criminosa que está sendo imputada ao confitente.

Isto posto, cumpre ratificar o conceito utilizado por Guilherme de Souza Nucci (1999, p. 80) ao se referir ao citado instituto:

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 de autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso

Assim, verifica-se que a validade da confissão pressupõe a sua realização por um sujeito que esteja sendo colocado no pólo da persecução criminal, podendo ser suspeito ou acusado pelo cometimento de delito (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p. 82).

Portanto, observa-se que, diante da inexistência de imputação prévia, não há de se falar em confissão e, conseqüente, na produção dos seus efeitos jurídicos.

Outrossim, além da admissão de fato criminoso já imputado a si próprio, exige-se também a voluntariedade de declaração, ou seja, não será considerada válida para fins dos efeitos no direito penal, a confissão que decorra de coação sofrida pelo confitente (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p. 82).

Mostra-se assim que, diante da instituição de um sistema acusatório pelo direito brasileiro, a validade da confissão carece da presença de vontade, já que, se feita de maneira viciada, tenderia a refletir uma falsa versão do ocorrido, somente relatada para dar fim coação sofrida pelo declarante (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p. 82).

Neste sentido, esclarece Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 136):

A confissão deve ser um ato voluntario, produzido livremente pelo agente, sem nenhuma espécie de coação, expresso, ou seja, manifestado sem dúvida nos autos e pessoal, não sendo possível a confissão no processo penal feita por mandatário, o que atentaria contra a segurança do princípio da presunção de inocência.

À título de breve explanação, etnologicamente, não se deve confundir a voluntariedade com a espontaneidade da confissão, uma vez que o primeiro

conceito se relaciona a ausência de coação, enquanto o segundo se refere a declaração com base em uma maior pureza interna do agente, de forma despida de qualquer influência externa, abrangendo dentro do seu conceito a voluntariedade, mas, nem sempre, o contrário (CÂNDIDO, Hedlan da Silva, 2012, p. 06).

Entretanto, não há necessidade de tal distinção quando se toma como referência o processo penal, sendo meramente epistemológica e, portanto, não implicando na produção ou não dos seus efeitos (CÂNDIDO, Hedlian da Silva, 2012, p. 06)

Nas palavras de Hedlan da Silva Candido (2012, p. 08):

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.

Portanto, não parece ser minimamente razoável estabelecer que a validade da confissão prescindida de valor ou sentimento interno ou indivíduo, sendo suficiente a produção de seus efeitos, a sua realização de maneira espontânea.

Ademais, exige-se também que a confissão seja realizada pessoalmente e de forma expressa, não se aceitando, portanto, a declaração de forma tácita, presumida ou por meio de procuração (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p. 83).

Nas palavras de Nicola Framarino Dei Malatesta (2001, p. 457):

Da natureza de confissão presumida é aquela que a prática denominou confissão tácita. Tício transige com o ofendido: sua transação é uma confissão tácita, disseram os tratadistas. Bonn Deus! Que tem a confissão a ver com isso? Que se queira, da transação com o ofendido a qual desce o acusado, tirar um indicio de culpabilidade, mais ou menos válido segundo os casos, contra ele, entende-se facilmente; deste indicio falamos entre os indícios efetivos, traços morais do delito. Nas, falar de confissão onde ela não existe, é absurdo, viu-se que o indicio derivado da transação com o ofendido é indicio derivado de um fato do acusado, e concluiu-se, por forma retoricamente inexata, que a transação é uma confissão tácita: mas a ciência tem obrigação de rejeitar com altivez todas as inexatidões que a retórica tenta introduzir na sua linguagem. A Confissão tácita é confissão inexistente: não é confissão.

Não é outro o entendimento expressamente previsto pelo artigo 198, do Código de Processo Penal, abaixo transcrito:

Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

Assim, percebe-se que, apesar de não admitida a confissão ficta, o silêncio do acusado, sendo estabelecido o supracitado dispositivo normativo, poderá ser utilizado em conjunto com o restante do substrato probatório, para a formação do convencimento do julgador, o que reflete clara e manifesta violação das garantias fundamentais do indivíduo, nas que não nos debruçaremos por ora, por ser pauta de tópico a seguir.

Outrossim, pressupõe-se que deverá ser a declaração realizada frente a alguém que seja legalmente capacitado para tanto, ocorrendo em momento solene e público, como por exemplo, na hipótese da confissão realizada frente ao magistrado, quando da realização da audiência de instrução; ou ao delegado de polícia, durante o interrogatório do investigado (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p. 83).

Por fim, além da obrigatoriedade de ser realizado em ato solene, a declaração deverá ocorrer em conformidade aos preceitos constitucionais, principalmente o da publicidade, devendo, via de regra, ocorrer com as portas abertas, sendo imprescindível que seja reduzida a termo para ser efetivamente considerada como confissão, como estabelece o Artigo 199, do Código de Processo Penal:

Art. 199. A confissão, quando feita fora do interrogatório, será tomada por termo nos autos, observado o disposto no art. 195.

Desta forma, caso não seja reduzida a termo, a confissão poderá, no máximo, ser valorada como depoimento daquela autoridade que supostamente presenciou a declaração, não se constituindo, portanto, como confissão (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p. 84).

Assim, evidencia-se que o reconhecimento da confissão no campo penal, com os seus consequentes efeitos jurídicos, prescinde da cumulação dos requisitos acima citados, sob pena de sua inadmissão.

O reconhecimento vulgar da confissão poderá, inclusive, fazer com que essa seja considerada como outra espécie de prova, como testemunhal, documental ou indiciária – a depender a que se refira – mas não será, em qualquer hipótese, considerada como confissão (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p. 85).

3.4 CARACTERÍSTICAS DA CONFISSÃO

Devidamente verificados os elementos exigíveis para a validade da confissão, que ensejam, conseqüentemente, na produção dos seus efeitos no campo do direito, o presente trabalho volta-se agora a análise das características do citado instituto.

3.4.1 Retratabilidade

Como já visto, a validade da confissão exige o caráter voluntário do confitente no exercício da declaração. Entretanto, o ordenamento jurídico pátrio, com escopo de evitar a ocorrência de erros, admite que o agente se arrependa, exercendo um juízo de arrependimento, de modo a evitar que sejam consideradas declarações que, por diversas razões, versem sobre conteúdo inverídico (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p. 127).

Isto posto, verifica-se que, poderá o acusado negar o conteúdo da sua confissão anteriormente realizada, voltando atrás do ato já praticado, uma vez que a acusação não adquire direitos na confissão do denunciado (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p. 129).

Desta forma, observa-se que a retratabilidade é um direito do réu, sendo o magistrado obrigado, a deferir, em qualquer momento do processo, eventual pedido de reinterrogatório do investigado (ROSSETO, Enio Luiz, 2001, p. 74).

Assim, conclui-se que a retratabilidade é mais do que uma prerrogativa conferida ao acusado confitente que, assim querendo, poderá retirar a confissão anteriormente realizada.

Observa-se assim que a confissão será retratada diante da hipótese do réu, depois de já ter confirmado a prática da conduta criminosa a ele imputada, optar por negar a primeira declaração, exercendo assim a sua retratação.

Cumprido citar também que, inúmeros são os motivos que levam o agente, após admitir o cometimento de determinada prática criminosa a se arrepender, não podendo o magistrado vedar o exercício da retratação sob risco de acabar condenando um inocente.

Como leciona Enio Luiz Rossetto (2001, p. 75):

No processo penal, “a finalidade é a investigação da verdade a acusação não pode pretender direito adquirido” com a confissão do acusado, “daí resultando a possibilidade de sua retratação, em qualquer estado do processo, antes de haver transitado em julgado a respectiva sentença.

Nestes casos, apesar do acusado ter o direito de exercer essa manifestação de arrependimento, o juiz não se encontra vinculado a essa retratação. No momento de prolatar a sua decisão,deverá confrontá-la com o restante do conteúdo dos autos para, aceita-la ou não (NUCCI,Guilherme de Souza, 1999, p. 129).

Assim, caberá ao magistrado julgar, em consonância ao restante do substrato probatório presente nos autos, quanto a veracidade da confissão e de sua posterior retratação. (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p. 128).

Nas palavras de Enio Luiz Rossetto (2001, p. 74):

O juiz está livre para valorar a sinceridade do ato e anular a confissão anterior. O confesso que, num primeiro momento, na polícia ou em juízo, abriu mão da faculdade de defender-se provando, pode, depois, por motivos diversos, desejar retirar tudo ou parte o que declarou, admitindo a culpa.

A previsão legal quanto ao caráter retratável da confissão resta expressa por meio do artigo 200, do Código de Processo Penal, senão vejamos:

Art. 200– A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.

Assim, ante todo o exposto no presente tópico, conclui-se que é conferida ao acusado confitente a possibilidade de se retratar da declaração anteriormente proferida.

Entretanto, ocorrendo a confissão e depois uma retratação, deverá o julgador compara-lesão restante das provas presentes nos autos, podendo considerar verdadeira a primeira declaração de admissão da culpa, mesmo que posteriormente retratada.

Desta forma, devidamente elucidado a questão da retratabilidade da confissão, passa-se a análise da sua divisibilidade.

3.4.2 Divisibilidade

Conforme já exposto anteriormente através da transcrição do artigo 200, do Código de Processo Penal, da mesma forma que a confissão é retratável, ela também é divisível.

Neste sentido, entende-se por divisibilidade como a possibilidade de fragmentar o conteúdo da confissão, tornando-a por parte com base no restante do substrato probatório, sendo, a partir deste exercício, possível comprovar ou negar o teor da declaração (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p. 131).

Tal característica não se mostra quando restarem elucidadas todas as condições do crime, de modo que a sua relevância prática passa a ser mais visível quando a divisão da declaração cumula a afirmação de parte da acusação, negando outra (MALATESTA, Nicola Framarino Dei, 2009, 466).

Isto posto, imaginando uma hipótese fictícia do confitente admitir a prática do ato lesivo, mas acrescentar que, somente o fez por estar diante de circunstâncias que isente ou amenize a sua responsabilidade, deverá o magistrado, com base nas demais provas presentes no processo, admitir somente aquilo que acredite ser verídico, rejeitando o que não merecer fé (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p. 131).

Assim, será divisível o teor da confissão, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, devidamente fundando no exame de prova (ROSSETTO, Enio Luiz, 2001, p. 78).

Portanto, verifica-se que, se parte da declaração não coadunar com o restante das provas presentes nos autos, não deverá o juiz aceitá-la, acolhendo apenas a parte que julgar ser verdadeira, exercendo assim o livre convencimento motivado.

Desta forma, é o caráter divisível da confissão que confere ao magistrado a possibilidade de considerar uma parte da declaração e rejeitar outra, proferindo a sua sentença com base na coerência lógica.

A relevância prática da divisibilidade da confissão será mais aprofundada no próximo capítulo, no momento de tratar sobre o núcleo do presente capítulo, qual seja, a confissão qualificada.

Assim, devidamente concluída a análise quanto as características da confissão, volta-se agora aos seus aspectos gerais, bem como o tratamento jurídico conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro ao instituto.

3.5 ASPECTOS GERAIS DA CONFISSÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Assim, tomando como base o ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que, a confissão, desde que devidamente válida, gera dois principais efeitos no processo penal.

O primeiro, se refere a possibilidade de fundamentar a condenação, devido a sua natureza de meio de prova; enquanto o segundo versa sobre a potencialidade de amenizar a pena, por força da atenuante da confissão espontânea, como veremos a seguir.

3.5.1 Confissão como prova

A priori, cumpre explicar brevemente a que se refere a terminologia "meio de prova", entendida, a partir de uma abrangência mais ampla, como todos os recursos, diretos ou indiretos, aptos a permitir que seja alcançada a verdade pelo julgador (ROSSETTO, Enio Luiz, 2001, p. 40).

A confissão, à título de exemplo, representa um meio de prova de grande importância, devido a seu caráter particular, representando o testemunho de alguém que teve a oportunidade de viver os fatos que se busca apurar. (ROSSETTO, Enio Luiz, 2001, p. 65).

Neste sentido, entende-se que a confissão tem natureza jurídica de prova, já que se trata de um dos elementos disponíveis para a valoração do julgador, com objeto de chegar a decisão final sobre o tema.

Isto posto, observa-se que a confissão é entendida como a admissão da culpa contra si próprio, por aquele que é suspeito ou acusado do cometimento do crime,

exigindo, como já visto antes, a presença de alguns elementos para ser considerada válida (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p. 80).

Na seara criminal, a confissão tem por objeto o fato descrito na inicial – seja denúncia ou queixa-crime – devidamente imputado à pessoa que confessa (POLASTRI, Marcellus, 2018, p. 175).

Desta forma, o ordenamento jurídico pátrio trata o instituto da confissão por meio do Título das Provas - IV, do Código de Processo Penal, através dos artigos 197 à 200.

Apesar de ainda constituir-se como importante meio probatório, a confissão – ou qualquer outro meio de prova – não tem mais valor absoluto, devendo ser submetido aos critérios adotados pelos demais elementos de prova (POLASTRI, Marcellus, 2018, p. 173).

Nesta senda, cumpre trazer à baila os ensinamentos de Camargo Aranha (2008, p. 122):

A confissão é só um meio de prova, entre as existentes, com o mesmo valor teórico; apenas, como se trata de uma admissão de culpa feio pelo próprio acusado, assume um realce excepcional.

Tal entendimento encontra expressa previsão no próprio Código de Processo Penal, por meio do seu artigo 197, primeiro artigo do citado título, referindo-se aos critérios utilizados para aferição do valor probatório da confissão, bem como a forma de sua apreciação pelo magistrado, *in verbis*:

Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e esta existe compatibilidade ou concordância.

Assim, observa-se que a confissão deverá ser confrontada com as demais provas presentes no processo, de modo a permitir a aferição da sua veracidade e, somente em caso afirmativo, embasar eventual decisão condenatória.

Nas palavras de Camargo Aranha (2008, p. 122):

Embora não vigore no processo criminal o princípio do processo civil de que *confessus pro convicto habetur* e a sociedade não interesse a condenação de um eventual inocente, mesmo que confessando falsamente, não há dúvida no sentido de que a confissão judicial serve como suporte condenatório, desde que não demonstrada a sua mendacidade. Em resumo: havendo confissão judicial, que só se pode presumir livremente feita, desde que não demonstrada a sua eventual falsidade por prova idônea, cujo ônus

passa a ser do confidente, só ela já autoriza e serve como alicerce para uma decisão condenatória.

Destarte, em consonância com a supracitada previsão legal, a confissão pode ser dotada, em verdade, de interesses escusos, camuflados por um falso sentimento de arrependimento e de interesse de colaborar com a instrução processual, não podendo, portanto, ter valor de prova absoluta, devendo ser analisada em conjunto com o restante das provas (POLASTRI, Marcellus, 2018, p. 173).

Neste sentido, nas palavras de Lourival Vilela Viana (1953, p. 63):

Múltiplos os fatores responsáveis pela falsa confissão. Manzini procura imputá-la principalmente a doença mental ou a outro desequilíbrio psíquico, e mais: ao fanatismo, ao espírito de sacrifício, a sugestão, a razões de lucro, ao intuito de desviar transitoriamente as investigações da justiça, para propiciar a fuga do verdadeiro delinquente.

Desta forma, insta observar o disposto no artigo 155, do Código de Processo Penal:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Assim, tem-se que, atualmente, tratar de confissão exige uma reflexão a partir de um referencial de possibilidade. O Brasil adota o sistema da persuasão racional na apreciação da prova, que permite ao julgador utilizar-se livremente das provas que compõe o processo, desde que fundamente a sua decisão.

O método de avaliação das provas é livre, mas não arbitrário, devendo a análise do valor probatório da confissão ser pautado em valores éticos e lógicos durante a sua realização (ROSSETTO, Enio Luiz, 2001, p. 124).

Nas palavras de Enio Luiz Rossetto (2001, p. 124):

A convicção é formada livremente, porém, não em termos absolutos e por elementos subjetivos, mas condicionada aos fatos litigiosos, as provas de tais fatos, colhidas dentro do processo, as provas obtidas por meio legais e baseadas na máxima experiência e mediante decisão motivada.

Diante do exposto, observa-se assim que, a confissão possui natureza de meio de prova, podendo, caso realizada, ensejar na condenação do acusado, desde que devidamente valorada com base no conjunto probatório como um todo, a partir do exercício do livre convencimento do julgador.

O artigo seguinte, por sua vez, se relaciona ao silêncio do acusado, fazendo previsão que, apesar de não importar em confissão, poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

Neste ponto, entretanto, cumpre lembrar a necessidade da releitura do artigo com base na Constituição Federal de 1988, que prevê expressamente por meio do seu artigo 5º, LXIII, o direito ao silêncio como garantia fundamental do indivíduo; e do Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, que estabelece como garantia o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”, conforme previsão expressa do seu artigo 8º.

Desta forma, diante dos novos direitos e garantias assegurados à pessoa humana por meio destes diplomas, deve-se considerar inconstitucional parte do artigo 198, do Código de Processo Penal, na medida em que o silêncio do réu não poderá constituir elemento de convencimento do juiz, em respeito ao direito ao silêncio, que não poderá prejudicá-lo.

Por fim, o artigo 199, do CPP, que se refere a necessidade de tomar por termo a confissão, que já fora pauta no presente trabalho, quando tratados os requisitos de validade da confissão; e o artigo 200, do CPP, que estabelece o caráter divisível e retratável da confissão, também já aprofundado anteriormente.

Ademais, a confissão possui também o condão de ensejar na atenuação da pena do agente, servindo como uma espécie de prêmio pela colaboração do investigado com a instrução processual, conforme veremos a seguir.

3.5.2 Confissão como atenuante da pena

Atualmente, o instituto da confissão recebe, dentro da perspectiva do processo criminal, além da função probatória, o condão de atenuar a sanção a ser estabelecida para o apenado.

A confissão passou a ser considerada uma atenuante da pena apenas com o advento do Código Penal de 1940. Nesta época, durante a vigência do texto inicial, a atenuante apenas incidiria nas hipóteses em que a autoria da prática criminosa ainda fosse desconhecida ou imputada a outra pessoa (GRECO, Rogério, 2010, p. 557).

Todavia, com a reforma de 1984 da parte geral do Código Penal, a simples admissão quanto ao seu envolvimento na prática criminosa já seria suficiente para a aplicação da atenuante, minorando a sanção a ser aplicada. Não sendo mais exigido o desconhecimento da autoria no momento da declaração de admissão (GRECO, Rogério, 2010, p. 557).

Isto posto, não importa se a autoria já restava elucidada. O simples reconhecimento enseja instantaneamente na redução da reprimenda a ser aplicada.

Observa-se que o fundamento para a incidência da referida atenuante se revela meramente em políticas criminais, que busca então somente facilitar a elucidação da autoria do delito, conferindo maior segurança ao magistrado no momento de proferir a sua decisão (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, 2015, p. 744).

Nos dias de hoje, o reconhecimento da confissão como atenuante da pena exige apenas que seja feita espontaneamente perante autoridade competente. É essa a previsão do Código Penal, por meio do seu artigo 65, inciso III, alínea “d”, senão vejamos:

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

III - ter o agente:

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

Desta forma, verifica-se que a simples realização da confissão de maneira espontânea perante autoridade, já deverá ensejar o reconhecimento da atenuante, com a conseqüente redução da sanção a ser aplicada ao agente que pratica ato criminoso.

No que se refere a espontaneidade da confissão, significa dizer que, a admissão dos fatos imputados deve ser realizada pelo confitente livremente, sem que haja interferência externa. A decisão de confessar deve partir do próprio agente.

Parte minoritária da doutrina entende que a realização da confissão com o único intuito de se beneficiar pela aplicação da atenuante da pena é possível que o réu se beneficie de uma circunstância legal para amenizar sua pena se houver agido sem qualquer exclusão da espontaneidade e, conseqüentemente, impossibilitaria o reconhecimento da benesse. Esta era a regra do texto original do Código Penal de 1940 (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p. 474).

Entretanto, com o advento da reforma da parte geral do Código Penal, o legislador denota não ter mais qualquer preocupação com o motivo da confissão, concedendo o benefício ao agente que vier a contribuir para a busca da verdade real (VILLAR, Alice Saldanha, 2016, p. 03).

Neste sentido, a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também já firmou entendimento quanto ao caráter objetivo da atenuante da confissão espontânea, conforme veremos mais a fundo no próximo capítulo.

Assim, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea não carece da existência de sentimento de arrependimento. Em verdade, o confitente, diante de um prognóstico pouco esperançoso quanto a sua absolvição, pode realizar a declaração de admissão com o único intuito de ver sua pena minorada (GRECO, Rogério, 2010, p. 557).

Essa confissão poderá ser realizada a qualquer momento da persecução criminal, pouco importando se em sede de inquérito policial ou durante a instrução processual, exigindo-se, somente, que ocorra perante a autoridade competente – delegado ou magistrado (GRECO, Rogério, 2010, p. 557).

Diante todo o exposto, observa-se que essa é a chamada confissão espontânea, caracterizada pela admissão do fato criminoso imputado, sem que haja existência de desculpa, ensejando instantaneamente no reconhecimento da atenuante genérica.

Entretanto, verifica-se que poderá a confissão cumular a presença de admissão e desculpa. Observemos as palavras de Lourival Vilela Viana (1953, p. 75):

Costuma-se dividir a confissão em simples e qualificada. São nítidos os seus limites doutrinários: a confissão simples refere-se a declaração do indivíduo, manifestando-se autor de um crime ou contravenção, com ou sem talhes; ao passo que por confissão qualificada se entende a que faz alguém, atribuindo-se a autoria de um fato delituoso ou contravençional, juntamente com uma desculpa.

Deste nodo, conforme nos debruçaremos a seguir, a confissão qualificada, de maneira diferente da confissão, é composta também de uma restrição a responsabilização penal imputada ao confitente, dando margem a mais análises (VIANA, Lourival Vilela, 1953, p. 75).

Atualmente, há grande divergência doutrinaria quanto a possibilidade de incidência da confissão, na sua modalidade qualificada, como atenuante genérica na dosimetria da pena. Passamos então, ao núcleo central do presente trabalho, qual seja, a confissão qualificada.

4 CONFISSÃO QUALIFICADA

Como visto anteriormente, a confissão em sentido próprio representa uma afirmação quanto a responsabilidade penal que é imputada ao agente e que – por conta do seu caráter divisível – poderá ser feita de modo parcial e limitado.

Por sua vez, será considerado como desculpa aquele testemunho prestado pelo próprio acusado, de forma busca obter vantagem favorável a si, seja por meio da absolvição quanto ao fato criminoso a ele imputado ou com a simples melhora da sua condição (MALATESTA, Nicola Framarino Dei, 2001, p. 436).

Deste modo, a partir de uma análise de forma separada do conteúdo de determinado testemunho sobre fato próprio, podem existir simultaneamente afirmações quanto elementos da acusação e negativas de outros – caracterizando-se o conjunto total da declaração como uma confissão qualificada. (MALATESTA, Nicola Framarino Dei, 2001, p, 461).

4.1 CONCEITO

Consonante ao exposto no capítulo anterior, sabe-se que a confissão qualificada se constitui como uma das modalidades de confissão, diferenciando-se da confissão simples porque, além da admissão da autoria do delito, na confissão qualificada há o acréscimo, em benefício próprio do confitente, de condição capaz de excluir ou minorar a sua responsabilidade penal.

Isto posto, enquanto na confissão simples o acusado admite integralmente os fatos que lhe são imputados, sem realizar qualquer ressalva quanto ao conteúdo da acusação; na confissão qualificada, o confitente reconhece a autoria da prática delituosa a ele atribuída, acrescentando limitações aptas a reforçar seu direito de liberdade (ROSSETTO, Enio Luiz, 2001, p. 97).

A título de exemplificação, ocorrerá confissão qualificada na hipótese de um acusado por crime de homicídio, admitir a sua prática, acrescentando, todavia, ter agido em legítima defesa, negando, portanto, a antijuridicidade do ato.

Também se observa ocorrência de confissão qualificada quando dado indivíduo, respondendo ação penal pelo crime de roubo, confirma a subtração do bem alheio móvel, acrescentando, todavia, que inexistiu qualquer violência ou grave ameaça, excluindo um dos núcleos do tipo penal imputado.

No primeiro exemplo, conforme a teoria finalística do delito, a incidência da referida excludente de ilicitude afastaria o delito e conseqüentemente eventual punição, enquanto na segunda, o afastamento do emprego de violência ou grave ameaça desclassificaria o crime de roubo para furto, cujo pena cominada se mostra mais branda.

Em ambos os casos, observa-se a presença do binômio da confissão qualificada, qual seja a admissão da autoria do fato criminoso que é imputada ao agente, acrescida de circunstancia que melhore a situação do confitente.

Faz-se necessário destacar, nesta senda, o caráter divisível da confissão, na medida em que a expressa previsão do artigo 200, do Código de Processo Penal permite que o magistrado a aproveite em partes separadas (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, 130).

Não é outro o entendimento da doutrina, conforme se verifica nos ensinamentos de Nicola Framarino Dei Malatesta (2001, p. 465):

Visto que o testemunho qualificado resulta de duas partes, de uma em que se afirma um elemento qualquer da acusação, e outra em que um outro elemento qualquer da acusação é negado, entende-se como será, para tal propósito, importante o problema da divisibilidade ou divisão que se queira dizer. É da máxima importância saber se legitimamente, e, para completar a prova, poderá utilizar-se uma parte da confissão qualificada, rejeitando a outra, e em particular se se poderá utilizar a parte favorável, rejeitando a desfavorável.

Nestas situações, caberá ao magistrado realizar a análise de todo o substrato probatório, confrontando-as com o teor da confissão qualificada realizada, de modo a acreditar na confissão em si, afastando a desculpa, ou vice-versa (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p. 131).

Assim, conclui-se que não está o julgador vinculado a todo conteúdo da declaração prestada, podendo, em decorrência do seu caráter divisível, aceitar ou recusar o que lhe parecer mais ou menos verossímil quando confrontado como acervo de provas disponível nos autos.

Todavia, cumpre destacar também que, diante da ausência de substrato probatório robusto apto a decretação da decisão condenatória, não poderá o juiz condenar o confitente apenas com base na parte da confissão que reconheceu a autoria, deixando de reconhecer a desculpa, referente a eventual excludente (NUCCI, Guilherme de Souza, 1999, p. 132).

Neste sentido, não se mostra minimamente adequado que o magistrado, diante da completa ausência de provas aptas a embasar a condenação, acolha a declaração apenas referente a parte prejudicial ao réu, afastando a parte benéfica.

Ademais, verifica-se que o ônus da prova seguirá a regra do artigo 156, do Código de Processo Penal, segundo o qual, a prova da alegação incumbirá a quem a fizer:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Desta forma, caberá à acusação provar a existência da autoria e da materialidade delitiva; enquanto que, deverá o confitente demonstrar a veracidade do que vier a lhe beneficiar, como as causas excludentes de tipicidade e condições anormais que tornem inexigível outra conduta, por exemplo (ROSSETTO, Enio Luiz, 2001, p. 99).

Assim, por força da divisibilidade da confissão, estabelece-se que, enquanto caberá a acusação fazer provadas acusações realizadas na inicial, incumbirá ao réu provar o fato desculpante benéfico por ele alegado em sua declaração.

Todavia, deve-se observar também que, diante da existência de dúvidas quanto à existência de excludente de ilicitude ou culpabilidade, deverá o julgador considerar estas em favor do confitente, por força do princípio da presunção de inocência (SCHVEITZER, Thais, 2017, p. 39).

Em outra senda, cumpre destacar que parte da doutrina sequer entende a confissão qualificada como sendo uma modalidade de confissão, na medida em que não se enxerga o desfavorecimento da situação do confitente -estabelecendo a prejudicialidade decorrente da declaração como uma espécie de requisito para sua caracterização (ARANHA, Adalberto Camargo, 2006, p. 114):

Não é outro o entendimento manifestado por Adalberto Camargo Aranha (2006, p. 114):

Só há confissão quando o fato o fato for desfavorável ao confitente. O fato confessado deve ser contrário a quem confessou, adverso aos seus interesses (...) a confissão qualificada não é verdadeiramente uma confissão, porque não desfavorece o confitente.

Entretanto, nos parece devidamente elucidado, por todo o exposto até o presente capítulo, que se deve levar em conta o caráter divisível da confissão, na medida em que é permitido ao magistrado, a partir da análise do acervo probatório, decidir pelo acolhimento ou não da desculpa do confitente, podendo assim ensejar em uma consequência prejudicial (SCHVEITZER, Thaís, 2017, p. 39).

Desta forma, poderá o magistrado entender ser verídica a confissão do acusado, mas não acolher a sua desculpa, por exemplo. Neste caso, estar-se-á diante de uma hipótese de confissão qualificada, sem qualquer benefício à figura do confitente.

Ademais, observa-se que prevalece o entendimento jurisprudencial de que a confissão possui caráter objetivo, não havendo que se falar, portanto, na exigência de sentimento de arrependimento ou qualquer valor moral.

Neste sentido, cumpre trazer à baila o acórdão do HABEAS CORPUS Nº 22.927 – MS, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA NOS CASOS DE FLAGRANTE DELITO. ORDEM CONCEDIDA. 1 - A confissão espontânea hoje é de caráter meramente objetivo, não fazendo a lei referência alguma a motivos ou circunstâncias que a determinaram. 2 - Em virtude da confissão espontânea, deve a reprimenda sofrer uma redução, atentando-se para a impossibilidade de se operar a uma exata compensação com a agravante da reincidência, está se trata de caráter preponderante (artigo 67 do Código Penal). 3 - Habeas corpus concedido.(STJ - HC: 22927 MS 2002/0070235-2, Relator: Ministro PAULO GALLOTTI, Data de Julgamento: 06/05/2003, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 16/10/2006 p. 431).

A ementa citada refere-se ao julgamento de habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública do Mato Grosso do Sul, visando desconstituir acórdão do Tribunal de Justiça do Estado, que deixou de reconhecer a atenuante da confissão espontânea, exigindo a presença de requisito de ordem subjetiva, qual seja, o *animus* de arrependimento do confitente.

No seu voto, o Ministro Paulo Gallotti fez referência ao acórdão de relatoria da Ministra Ellen Grace, do STF, no julgamento do HC nº 82.337/RJ, julgado em 25/02/2003, afirmando que “pouco importa a forma que tenha sido manifestada a

confissão do agente, se integral, parcial ou mesmo com algum objetivo, bastando tão somente o cumprimento da exigência legal. “

Assim sendo, não merece prosperar o argumento de que a confissão qualificada não seria uma modalidade de confissão por não apresentar consequência prejudicial.

Diante disto, efetivamente constatado que a confissão qualificada se figura sim como uma espécie de confissão, volta-se agora aos fundamentos trazidos por parte da doutrina contra e favor – respectivamente - a possibilidade de reconhecimento da confissão qualificada como atenuante na dosimetria da pena.

4.2 ASPECTOS ESPECÍFICOS SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DA CONFISSÃO QUALIFICADA NA DOSIMETRIA DA PENA

Devidamente conceituada confissão qualificada, bem como elucidado o seu caráter de confissão, passa-se agora a tratar de aspectos relevantes quanto a possibilidade de incidência da confissão qualificada como atenuante, na dosimetria da pena.

Desta forma, o presente tópico versará sobre as restrições impostas contra o seu reconhecimento, tratando primeiramente através de uma perspectiva legal, seguindo para a visão doutrinária adversa a possibilidade e, por fim, fazendo uma breve análise do tratamento jurídico conferido pelos tribunais ao instituto.

4.2.1 Restrições legais

Verificou-se, mediante estudo realizado em nosso ordenamento pátrio que inexistente qualquer dispositivo normativo que vede o reconhecimento da confissão qualificada como atenuante da pena.

Desta forma, não há que se falar na exigência de completude da confissão, como já visto ao tratarmos do seu caráter divisível, expressamente previsto por meio do artigo 200, do Código de Processo Penal (ROSSETTO, Enio Luiz, 2001, p. 78).

Ademais, inexistente também a necessidade de motivação moral ou arrependimento – de forma que, a caracterização da confissão carece apenas da voluntariedade, não estando condicionada à espontaneidade da declaração (CÂNDIDO, Hedlan da Silva, 2012, p. 06).

Por fim, observa-se também que não há, em qualquer dispositivo normativo presente na legislação brasileira, exigência de que declaração influencie diretamente na tomada da decisão condenatória pelo magistrado (SCHVEITZER, Thais, 2017, p. 77).

Em verdade, a legislação penal vigente exige apenas a admissão do fato criminoso realizado perante a autoridade formal de maneira espontânea, como se pode observar analisando o dispositivo normativo que versa sobre a atenuante, qual seja, o artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal:

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

III - ter o agente:

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

A partir disto, conclui-se que, diante da inexistência de qualquer previsão legal que trate a respeito da matéria, não há de se falar em vedação legislativa para a sua incidência na dosimetria da pena.

4.2.2 Restrições doutrinárias

De maneira diversa, com base nos estudos realizados para elaboração do presente trabalho, constatou-se que parte da doutrina entende ser inaplicável a confissão qualificada como atenuante da pena.

Neste sentido, os adeptos desta corrente entendem que a atenuação da pena com base na confissão qualificada violaria a lealdade processual e/ou a necessidade de demonstração de valor moral de arrependimento do confitente (CÂNDIDO, Hedlan da Silva, 2012, p. 06).

Para estes, a finalidade do artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, seria conferir uma espécie de benesse para o réu que se dispusesse a colaborar com

a instrução processual através da confissão do delito, de forma que, ao acrescentar a desculpa no bojo da declaração, o confitente não teria a intenção de cooperar com a elucidação da matéria controvertida, exercendo, em verdade, o seu direito de defesa (CAPEZ, Fernando, 2007, p. 467).

Em outros termos, segundo os defensores dessa corrente, o objetivo do instituto da confissão espontânea é premiar o réu que contribui , de forma efetiva, para o deslinde da instrução probatória, não cabendo conceder a vantagem a aquele que exerce a sua defesa, buscando ainda se beneficiar do instituto.

Neste sentido, destaca-se o posicionamento de Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 242), entendendo que:

Não se deve aceitar a atenuante da confissão espontânea se for realizada a admissão da culpa apenas com o intuito de obter o reconhecimento de alguma excludente de ilicitude ou culpabilidade (confissão qualificada). Se o agente, por exemplo, admite ter matado a vítima, mas em legítima defesa, há duas hipóteses viáveis: a) realmente agiu em legítima defesa, sendo, portanto, absolvido; b) comprova-se ser falsa sua alegação, sendo ele condenado, sem qualquer atenuante, pois não narrou a verdade dos fatos, demonstrando insinceridade. Noutros termos , “confessar” um fato típico , mas lícito, não é admitir culpa , pois não é crime . Confissão implica assumir a prática de um delito.

Partindo do mesmo princípio, Fernando Capez (2007, p. 455) defende que:

A confissão qualificada, em que o acusado admite a autoria , mas alega ter agido acobertado por causa excludente da ilicitude (confessa ter matado em legítima defesa) não atenua a pena , já que , neste caso, o acusado não estaria propriamente colaborando para a elucidação da autoria, tampouco concordando com a pretensão acusatória, mas agindo no exercício de direito de autodefesa.

Assim, a citada corrente doutrinária entende pela inviabilidade do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea na hipótese da versão apresentada pelo confitente visar afastar a responsabilidade pelo fato delituoso que lhe é imputado, já que se constituiria, em verdade, como uma tese de autodefesa.

Destarte, a aplicabilidade da atenuante da confissão espontânea restaria condicionada ao reconhecimento da autoria criminosa imputada ao confitente, de forma que só haveria efetivamente confissão, com a devida produção dos efeitos na dosimetria da pena, caso a declaração venha a ser integralmente adversa ao réu (ARANHA, Camargo, 2006, p. 114-115).

Entretanto, este não nos parece o posicionamento mais acertado, na medida em que as limitações apresentadas doutrinariamente são justificadas meramente com base no *animus* de colaboração processual, no âmbito na lealdade – exigências meramente criadas por parte da doutrinaria, sem qualquer respaldo legal.

4.3 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

Outrossim, devidamente elucidadas as restrições levantadas pelo percentual da doutrina contrário a possibilidade de reconhecimento da atenuante por força da realização da confissão qualificada, passa-se agora ao posicionamento jurisprudencial a respeito da matéria.

De forma semelhante ao entendimento doutrinário, percebe-se que a nossa jurisprudência manifesta uma lacuna referente aos motivos que justificam a alegada impossibilidade da incidência da confissão qualificada como atenuante da pena (CAVALCANTE, Márcio André Lopes, 2013, p. 634).

Para tanto, por meio do presente trabalho, propõe-se traçar um breve paralelo acerca das decisões proferidas pelos tribunais brasileiros, em especial o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

4.3.1 Posicionamento jurisprudencial do Tribunal de Justiça da Bahia

A *prima facie*, observa-se mediante análise de julgados do Tribunal de Justiça da Bahia que existem tanto entendimentos favoráveis, quanto contrários à incidência da confissão qualificada como atenuante da pena.

Cumprir trazer, à título de ilustração, dois julgados em sentido diversos proferidos pelo citado Tribunal. Primeiramente, a apelação nº 05051396220178050001, de relatoria da Desembargadora Nágila Maria Sales Brito, da Segunda Câmara Criminal:

TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006. PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO E A DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE. INVIABILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA. SÚMULA 231 DO STJ. NÃO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONFISSÃO QUALIFICADA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. EXISTÊNCIA DE AÇÕES PENAIS EM CURSO. RECURSO CONHECIDO PARCIALMENTE, E NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO. I - A quantidade da droga apreendida, bem como a forma em que se encontrava acondicionada autoriza a concluir pela ocorrência do tráfico ilícito de drogas, não sendo possível, portanto, a absolvição ou a desclassificação para uso. II Encontrando-se a pena-base no mínimo legal, não há que ser conhecido o pleito de sua redução. III - **A confissão quando qualificada, não tem o condão de justificar a aplicação da atenuante respectiva.** IV A existência de ações penais em curso em desfavor do Acusado configura dedicação a atividades criminosas, o que impede a aplicação do tráfico privilegiado. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0505139-62.2017.8.05.0001, Relator (a): Nágila Maria Sales Brito, Segunda Câmara Criminal - Segunda Turma, Publicado em: 05/03/2018). (TJ-BA - APL: 05051396220178050001, Relator: Nágila Maria Sales Brito, Segunda Câmara Criminal - Segunda Turma, Data de Publicação: 05/03/2018).

Desta forma, observa-se que, em seu voto, a relatora Desembargadora Nágila Maria Sales Brito, sustentou-se na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, entendendo que a “confissão qualificada, elencada em teses que visem a exclusão de ilicitude, ou seja, defensivas, não são suficientes para ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal.”

Observa-se que no referido acórdão, proferido no corrente ano, não foi reconhecida a confissão qualificada sob o simples argumento de que esta modalidade de confissão não teria o condão de justificar a aplicação da atenuante respectiva, corroborando com o entendimento de doutrinadores como Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 242) e Fernando Capez (2007, p. 455).

Por outro lado, não foi este o entendimento proferido pela Segunda Câmara Criminal, no bojo da apelação nº00007756920138050155, de relatoria da Desembargadora Inez Maria Brito Santos Miranda, do Tribunal de Justiça da Bahia, conforme se verifica abaixo:

APELAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EMPREGO DE MEIO CRUEL E IMPOSSIBILIDADE DE DEFESA RESPALDADAS NO ACERVO PROBATÓRIO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DOS JURADOS. CONFISSÃO QUALIFICADA. INCIDÊNCIA DA RESPECTIVA ATENUANTE. PRECEDENTES DO STJ. IMPOSSIBILIDADE DE

REDUÇÃO DA PENA PROVISÓRIA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA Nº 231 DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Tratando-se de apelação com fulcro no art. 593, III, alínea d, do CPP, não cabe ao Tribunal, em grau de recurso, analisar o acerto da decisão do Conselho de Sentença, mas, apenas, se esta discrepa do conjunto probatório. Para verificar se o delito foi cometido com emprego de meio cruel, deve-se, sem se imiscuir na convicção dos jurados, atentar para a intenção do agente: se objetiva submeter a vítima à sofrimento além do necessário para o intento homicida, ou se o meio empregado, embora doloroso, tenha resultado do destempero do ofensor. Ainda que haja discussão entre a vítima e o seu agressor, a qualificadora atinente à impossibilidade de defesa do ofendido terá incidência quando o agente se vale da desprevenção da vítima para impingir seu intento homicida, mormente se a reação se mostrar desproporcional, demasiadamente hostil e efetuada pelas costas. Provadas a materialidade e autoria delitivas, conforme sustentado pela tese acusatória acolhida, não há que se proceder qualquer reforma na decisão emanada do Júri Popular. **A confissão qualificada, em que o agente agrega circunstâncias que excluem a ilicitude ou privilegiam o crime, não afasta a respectiva atenuante. Precedentes do STJ.** As circunstâncias agravantes e atenuantes não tem o condão de estabelecer a pena provisória fora do limite legal. Incidência da Súmula nº 231 do STJ. Recurso conhecido e parcialmente provido. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0000775-69.2013.8.05.0155, Relator (a): Inez Maria Brito Santos Miranda, Segunda Câmara Criminal - Segunda Turma, Publicado em: 16/07/2015). (TJ-BA - APL: 00007756920138050155, Relator: Inez Maria Brito Santos Miranda, Segunda Câmara Criminal - Segunda Turma, Data de Publicação: 16/07/2015).

Outrossim, no julgamento do citado recurso de apelação, a Desembargadora Inez Maria Brito Santos Miranda sustentou-se nos recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que reconheceu a atenuante da confissão espontânea por força da realização de confissão qualificada.

Constata-se assim, que não fora afastada a atenuante do artigo 65, inciso III, alínea “d” por conta da confissão qualificada, citando, para tanto, a existência de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, fazendo referência a súmula 545, do STJ, que será amplamente analisada mais à frente.

Deveras, a fim de não tornar exaustiva a leitura do presente tópico, foram colacionadas apenas duas ementas de julgamento, dentre tantas outras que se mostravam possíveis, a fim de manifestar a contrariedade presente nas decisões proferidas por um mesmo tribunal em relação a aplicabilidade da confissão qualificada como atenuante da pena.

Desta forma, verifica-se que o Tribunal de Justiça da Bahia não estabeleceu um posicionamento consolidado sobre a matéria, possuindo tanto entendimentos

favoráveis, quanto contrários à incidência da confissão qualificada na dosimetria da pena.

Por todo o exposto, volta-se agora à análise do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

4.3.3 Posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal

No que tange a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verifica-se também certa contradição no que se refere ao entendimento quanto a aplicabilidade da confissão qualificada como atenuante da pena (SCHMITT, Ricardo Augusto, 2017, p. 231).

Desta forma, cumpre trazer a baila o julgamento do HC 69.479/1992, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que abraçou o entendimento de que “a simples postura de reconhecimento da prática do delito, e, portanto, da responsabilidade, atrai a observância – por sinal obrigatório – da regra insculpida na alínea “d” do inciso III do artigo 65 do CP”.

A época, a atenuante da confissão deixou de ser reconhecida pela instância inferior – Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro -, sob fundamento de que teria ocorrido a prisão em flagrante do acusado, impondo como requisito para a amenização da reprimenda o teor do código penal anterior a sua reforma, que exigia que a confissão versasse sobre prática criminosa de autoria ignorada ou atribuída a outra pessoa, excluindo, portanto, as hipótese de confissão cujo a prisão decorresse de flagrante, *in verbis*:

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem.

Entretanto, o Ministro Marco Aurélio trouxe à tona o teor do Código Penal vigente à época – até a corrente data -, afirmando que “vulnera a lei aquele que exclui do campo de aplicação hipótese contemplada como o que inclui requisito nela não previsto”, não havendo, neste sentido, que se falar em qualquer exigência diversa das previstas em lei, quais sejam a confissão espontânea da autoria do crime perante a autoridade.

Tal entendimento permaneceu sólido até o ano de 1996, momento no qual, a Suprema Corte passou a modificar seu posicionamento, comportando a ocorrência de julgados nos dois sentidos.

Desta forma, passou a deixar muitas vezes de lado a obrigatoriedade do reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal - anteriormente consolidada -, para entender que a confissão qualificada não seria suficiente para justificar a redução da pena.

Nesta senda, cumpre lembrar o julgamento do HC 89570, publicado em 6 de setembro de 2006, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que decidiu por acolher o voto do relator –Ministro Ricardo Lewandowski-, decidindo que:

A respeito da confissão espontânea manifestada pelo paciente e não reconhecida pela decisão condenatória, tenho que a irresignação do impetrante, neste ponto, merece acolhida. Trata-se de uma atenuante genérica e o seu reconhecimento não pode ser suprimido no presente caso, ainda que a confissão tenha sido pronunciada parcialmente. O que se observa é que o artigo 65, III, d do Código Penal não faz qualquer ressalva quanto à maneira com que tenha sido manifestada a confissão do agente, se integral, parcial ou, ainda, com que objetivo.

Neste caso, o remédio constitucional fora impetrado por paciente condenado pela prática de extorsão mediante sequestro e formação de quadrilha, que alegava estar sofrendo constrangimento ilegal por força da manutenção do *quantum* de sua pena privativa de liberdade, por não ter sido reconhecida pela autoridade coatora - Ministro Hamilton Carvalhido, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça - a atenuante da confissão espontânea.

Desta forma, verifica-se que houve a manutenção do entendimento do julgado anteriormente citado, reconhecendo que a confissão espontânea se manifesta como atenuante genérica e, portanto, de aplicabilidade obrigatória.

Assim, não seria possível suprimir o seu reconhecimento, ainda que tivesse se dado de forma parcial – uma vez que o texto legal não faz qualquer exigência quanto à maneira com que tenha sido manifestada a confissão do agente, se integral, parcial ou, ainda, com que objetivo.

Por outro lado, apesar deste parecer o posicionamento mais correto quando analisada as várias nuances do instituto da confissão, este não é o entendimento

consolidado na Corte, coexistindo com diversos outros julgados em sentido diverso.

À título de exemplificação, cumpre trazer à baila julgado do STF adotando entendimento contrário aos acima expostos, na medida em que não se contenta com os requisitos previstos em lei para o reconhecimento da atenuante.

EMENTA RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HOMICÍDIO QUALIFICADO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO RECONHECIDA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. 1. O Superior Tribunal de Justiça observou os precedentes da Primeira Turma desta Suprema Corte que não vem admitindo a utilização de habeas corpus em substituição a recurso constitucional. 2. Afastada a atenuante da confissão espontânea pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri embasada nas versões contraditórias dos fatos apresentadas pelo Recorrente, as quais objetivaram seu próprio favorecimento sem concorrer para o deslinde da questão. 3. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, como instrumento hábil ao reexame do conjunto fático probatório que levou à exclusão da atenuante da confissão espontânea. Precedentes. 4. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento. (STF - RHC: 122130 SP, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 20/05/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-107 DIVULG 03-06-2014 PUBLIC 04-06-2014).

Assim, depreende-se do teor das ementas acima transcritas que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não vem manifestado qualquer entendimento consolidado quanto a possibilidade de incidência da confissão qualificada na dosimetria da pena, havendo, até a presente data, julgamentos nos dois sentidos diversos.

4.3.3 Posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça

A partir da análise de recentes julgados do Tribunal de Justiça da Bahia e do Supremo Tribunal Federal, observa-se que, nitidamente, a jurisprudência pátria não possui entendimento consolidado acerca da aplicabilidade da atenuante da pena por força da confissão qualificada, constituindo um grave problema histórico.

Volta-se então à análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, corte mais relevante ao presente trabalho, conforme restará devidamente elucidado a seguir.

A priori, cumpre esclarecer que, a fim de sanar contradições na aplicação de normas, é conferida aos tribunais a competência para editar súmulas, de forma unificar a interpretação dos respectivos tribunais a respeito de determinada matéria (DINIZ, Maria Helena, 2017, p. 317).

Nas palavras de Maria Helena Diniz (2017, p. 317):

A súmula, enunciado que resume uma tendência sobre determinada matéria, decidida continua e reiteradamente pelo tribunal, constitui uma forma de expressão jurídica, por dar certeza a certa maneira de decidir.

Assim, deverão as súmulas servir como modelo para a aplicação das normas a ela relacionadas nas decisões proferidas pelo restante dos tribunais ao redor do país.

Desta forma, diante da latente insegurança jurídica provocada pelas decisões contraditórias proferidas pelos tribunais ao redor do Brasil, ao versarem sobre a incidência da confissão qualificada como atenuante da pena, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no exercício de sua competência, editou, no ano de 2015, a Súmula nº 545, *in verbis*:

Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art . 65, III, d, do Código Penal.

Assim, restou devidamente instituído que - considerando a ocorrência de confissão qualificada -, caso seja utilizada somente a parcela prejudicial da confissão como forma de embasar o decreto condenatório, sendo, portanto, afastada a desculpa, deverá incidir obrigatoriamente a atenuante da confissão na dosimetria da pena, beneficiando o confitente (GRECO, Rogério, 2011, p. 170).

Conforme se observa, a citada atenuante deverá incidir no *quantum* da pena, com a sua consequente redução, obrigatoriamente, desde que esta tenha sido utilizada como embasamento da condenação (GRECO, Rogério, 2011, p. 170).

Em outras palavras: sempre que a confissão qualificada compuser o substrato probatório, servindo de fundamento para a decisão condenatória, o confitente fará jus a redução da sua pena.

A referida súmula decorreu do julgamento do Habeas Corpus 318.184/RJ, cujo a relatoria foi do Ministro do STJ Newton Trisotto.

Neste caso, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao julgar um recurso de apelação, confirmou a decisão de 1º grau, mantendo o afastamento da incidência da confissão espontânea como atenuante da pena, por ter ocorrido na sua modalidade qualificada.

Para o citado Tribunal, o exercício da confissão no caso em tela teria ocorrido a fim de afastar a própria responsabilização pelo confitente, na medida em que admitiu a posse da arma de fogo, mas acrescentou que só estava transportando-a.

Apesar de não reconhecer a incidência da atenuante, o Tribunal de Justiça utilizou de uma parcela da confissão que entendeu ser verídica, embasando a sentença condenatória.

Ao chegar ao STJ, por meio de habeas corpus, a defesa requereu o reconhecimento da atenuante da confissão sob o argumento de que, apesar de qualificada, foram extraídas partes da declaração e utilizadas como forma de fundamentar a sentença condenatória, fundamentando assim o entendimento para edição da súmula 545.

Para a Corte, a atenuante da confissão espontânea apresentaria caráter objetivo, não carecendo a sua incidência, portanto, da análise de questões motivacionais ou fáticas, senão vejamos:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ROUBO QUALIFICADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL DO CRIME. ATENUANTE. RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO. COMPENSAÇÃO COM AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. 1. Como é consabido, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República. 2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade. 3. *A atenuante do art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, tem caráter objetivo, configurando-se, tão-somente, pelo reconhecimento espontâneo do acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, não se sujeitando a critérios subjetivos ou fáticos. In casu, o Paciente confessou a subtração, logo, ainda que tenha negado a qualificadora do concurso de agentes, impõem-se a aplicação da atenuante.* 4. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, após o julgamento do EREspn. 0 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. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, mantida a condenação, reconhecer a atenuante da confissão espontânea e redimensionar a sanção penal do Paciente, nos termos do voto.(STJ - HC: 275600 SP 2013/0271374-7, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 03/12/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2013).

Observa-se assim, por meio do julgamento do HC 275600, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, do STJ, o emprego da tese que fundamentou a edição da súmula 545, na medida em que a confissão utilizada pelo magistrado implicará no reconhecimento da atenuante.

Desta forma, mesmo que a confissão tenha ocorrido de maneira parcial, o aproveitamento da admissão da culpa pelo julgador fará nascer o direito de aplicação da atenuante, com a conseqüente redução da pena a ser aplicada (NUCCI, Guilherme de Souza, 2016, p. 514).

Todavia, cumpre observar que a ausência de efeito vinculante da súmula impossibilita um maior controle acerca da aplicabilidade da atenuante da confissão qualificada na dosimetria da pena (SCHVEITZER, Thais, 2017, p. 77).

Afinal, faz-se possível que o julgador – intimamente - utilize-se da admissão de culpa do réu, afirmando, entretanto, que a confissão qualificada não colaborou com a elucidação da autoria, com o único intuito de afastar a obrigatoriedade da aplicação da Súmula 545(SCHVEITZER, Thais, 2017, p. 77).

Entretanto, conforme julgamento do RESP 1183157, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, do STJ, o Tribunal já manifestou entendimento de que a simples afirmação pelo julgador quanto a suficiência do substrato probatório desvinculado da confissão seria suficiente para decretar a condenação, não o desobriga quanto o reconhecimento da atenuante se está efetivamente ocorreu, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS (10.640 GDE COCAÍNA). APELAÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. PENA-BASE. FALTA DEPREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. DESCABIMENTO. NÃO OCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (2 ANOS). DESPROPORCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA. CAUSA DE AUMENTO DECORRENTE DA TRANSNACIONALIDADE. BIS IN IDEM. FALTA DE INTERESSE. CONDENAÇÃO PELA CONDUTA DE "TRAZER CONSIGO" DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N.

11.343/2006.PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PRISÃO CAUTELAR. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS. AFERIÇÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO COMO SUPORTE DA CONDENAÇÃO. ATENUAÇÃO OBRIGATÓRIA. 1. A pretensa violação do art. 59 do Código Penal, pela ocorrência de reformatio in pejus na fixação da pena-base, teria surgido no julgamento da apelação. No entanto, não houve oposição de embargos de declaração para que a Corte de origem se manifestasse acerca do tema, razão pela qual está a carecer do necessário pré-questionamento, nos termos da Súmula 282/STF. 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é indispensável o pré-questionamento, ainda que a suposta violação da lei federal tenha surgido quando da prolação do acórdão recorrido. 3. Hipótese que não comporta concessão de habeas corpus de ofício, uma vez que inexistente nulidade flagrante, pois contra a sentença houve recurso da acusação, no qual se postulou, expressamente, a majoração da pena-base, em razão da quantidade de droga. Além disso, o acórdão impugnado não exasperou a pena-base, apenas a manteve no mesmo patamar fixado na sentença. 4. Não há desproporcionalidade na exasperação da pena-base em 2 anos acima do mínimo legal, em razão da quantidade de droga transportada pelo recorrente (10.640 g de cocaína). 5. Inexiste interesse do recorrente no que diz respeito à tese de bis in idem, pela aplicação da causa de aumento decorrente da transnacionalidade, pois a conduta a ele imputada e pela qual foi condenado foi a de trazer consigo as drogas e não a de importar ou exportar, não fazendo a denúncia, ainda, nenhuma menção de que as drogas teriam entrado no território nacional em razão da sua atuação. 6. As instâncias ordinárias, a partir das circunstâncias fáticas depreendidas dos autos, entenderam que o recorrente se dedicaria à atividade criminosa, integrando organização da mesma natureza, o que impediria a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para rever a conclusão, seria necessário o reexame do acervo probatório, providência vedada em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ. 7. Pela mesma vedação (Súmula 7/STJ), é inviável a análise do pedido de que seja concedido ao recorrente o direito de recorrer em liberdade, pois o acórdão recorrido, a partir da análise dos fatos, concluiu ser necessária a segregação. 8. A afirmação de que as demais provas seriam suficientes para condenar o recorrente, a despeito da confissão espontânea, não autoriza a exclusão da atenuante se está efetivamente ocorrendo e foi utilizada na formação do convencimento do julgador. 9. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido, apenas para restaurar a aplicação da atenuante da confissão espontânea e, em consequência, restabelecer a pena fixada na sentença. (STJ - REsp: 1183157 SP 2010/0035846-0, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 16/10/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/11/2012).

Na hipótese, foi interposto Recurso Especial em face do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que reformou a sentença para cassar o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, aduzindo que, independente da ocorrência da declaração do confitente, a autoria criminosa já restaria devidamente demonstrada.

Assim, concluiu o relator que, diante da hipótese de a sentença ter utilizado da confissão espontânea do réu para corroborar o acervo probatório e concluir pela

sua condenação, é obrigatória a atenuação da pena, pouco importando que esta já estivesse elucidada ou não.

Diante todo o exposto, devidamente analisadas as restrições legais e doutrinárias, bem como o tratamento jurídico conferido pelos tribunais a respeito da possibilidade de incidência da atenuante da confissão espontânea com base na confissão qualificada, volta-se agora aos argumentos favoráveis à sua aplicabilidade.

4.4 A POSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DA CONFISSÃO QUALIFICADA NA DOSIMETRIA DA PENA

Dentro dos tópicos anteriores, foram apresentados argumentos contrários ao reconhecimento da confissão qualificada na dosimetria da pena, sendo também expostos os posicionamentos jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, observou-se que, no que pese inexistir qualquer restrição legal a sua aplicação, parte da doutrina restringe a possibilidade de seu reconhecimento com base no *animus* na declaração do confitente em colaborar com a instrução processual, o que refletiria, em verdade, um meio de autodefesa (CAPEZ, Fernando, 2007, p. 467).

Entretanto, conforme restará devidamente esclarecido no presente tópico, os referidos fundamentos se mostram irrazoáveis como forma de frustrar o reconhecimento da atenuante.

A priori, conforme se pode observar no exposto entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, a confissão possui caráter meramente objetivo, não carecendo da cumulação de qualquer requisito de ordem subjetiva, na medida em que não será excluída no caso do declarante acrescentar condição que amenize ou exclua a responsabilidade penal (STJ, HC: 22927, Rel: Min. Paulo Gallotti, DJ 16/10/2006).

Ademais, também não há qualquer previsão legal que trate com distinção as espécies de confissão, não havendo, portanto, que se falar em conferir tratamento jurídico diverso a estas.

Assim, haja vista ser a elucidação da autoria criminosa o objetivo principal da confissão, a simples admissão do fato delituoso imputado já seria suficiente a produção dos seus efeitos, não havendo qualquer motivo apto e desconsiderar uma declaração que acrescente eventual tese de exclusão de culpabilidade ou ilicitude.

Cumprido lembrar que o princípio da legalidade atua como uma das garantias basilares do Direito Penal, sendo responsável por estabelecer a necessária obediência aos preceitos legais (BOSCHI, José Antônio Paganella, 2013, p. 37).

Desta forma, conforme expresso no artigo 65, III, “d”, do Código Penal, a atenuante da confissão deverá incidir diante da simples ocorrência desta, não podendo o magistrado impor qualquer restrição, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Ademais, cumpre salientar também que não se pode confundir a confissão com a submissão, sendo a primeira a admissão da autoria pelo fato criminoso imputado; enquanto a segunda se refere ao reconhecimento da procedência do pedido – fenômeno não aceito pelo ordenamento brasileiro (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 2013 p. 601).

Desta forma, a admissão da autoria da prática criminosa que é imputada, não corresponde, necessariamente, ao reconhecimento da responsabilidade, tampouco aceitação de suas consequências – uma coisa não implica obrigatoriamente na outra (ROSSETTO, Enio Luiz, 2001, p. 97).

Não é outro o entendimento expresso por Celso Delmanto (2016, p. 283), quando afirma que “confessar a autoria não é o mesmo que confessar o crime ; para a atenuante basta a confissão da autoria, e não impede sua aplicação o fato de o réu ter negado parte da imputação ou invocado excludente de ilicitude”.

Conclui-se assim que, a mera admissão quanto a autoria do delito deverá ensejar no reconhecimento obrigatório da atenuante da confissão.

Ademais, considerando a previsão constitucional do já citado princípio da individualização da pena, tutelado por meio do artigo 5º, incisos XXXIX e XLXVI, da Carta Magna, seria inconstitucional desconsiderar a aplicação obrigatória da atenuante legal, uma vez que o artigo 65, do Código Penal, estabelece que as atenuantes “são circunstâncias que sempre atenuam a pena”.

Ainda nesta senda, verifica-se que, de maneira corolária ao princípio da legalidade, têm-se a vedação a analogia *in mala parte*– prejudicial ao réu – que impede a aplicação, dentro do direito penal, de analogia que prejudique o acusado (TOLEDO, Francisco de Assis, 2012, p. 27).

Isto posto, entende-se que o citado princípio atua de modo a indicar a correta medida a se tomar ante um dispositivo normativo com mais de um significado, hipótese na qual deve ser a ele atribuído o sentido mais benéfico a pessoa do réu (ZAFARRONI, Eugenio Raúl, 2009, p. 156).

Não é outro o entendimento de José Antônio Paganella Boschi (2014, p. 237), senão vejamos:

A interpretação restritiva contra o acusado é vedada em direito penal, sendo daí exato concluir que, por não estar condicionada em lei, a atenuante da confissão espontânea pode e deve ser reconhecida sempre que o acusado colaborar com as autoridades e, com a sua conduta, demonstrar sensibilidade ética e disposição de assumir a responsabilidade pela sua conduta.

Diante disto, verifica-se ser inviável a restrição da aplicação da atenuante da confissão, pelo simples fato desta ter sido realizada de maneira qualificada, uma vez que tal medida figuraria como uma interpretação prejudicial da norma ao acusado, constituindo prática vedada no ordenamento pátrio.

Em outra senda, parte da doutrina utiliza como requisito ao reconhecimento da atenuante a presença de prejudicialidade na declaração do confitente, desconsiderando, por tal motivo, a possibilidade de amenizar a pena por força da confissão qualificada (ARANHA, Adalberto Camargo, 2006, p. 114).

Entretanto, como já esclarecido no presente trabalho, deve-se observar o caráter divisível da confissão, expressamente previsto no Código de Processo Penal, conforme já exposto em tópico anterior.

Assim, diante da presença de excludente de ilicitude ou culpabilidade na declaração proferida pelo confitente, poderá o magistrado aceitar a parte prejudicial ao réu, afastando a desculpa, se assim entender correto a partir da análise do substrato probatório (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 2012, p. 234).

Desta forma, restará cindida a confissão qualificada, sem que tenha ensejado em qualquer benefício ao acusado, sendo condenado – já que a tese desculpante não foi aceita pelo julgador.

Portanto, resta devidamente elucidado que, levando em conta a sua divisibilidade, poderá a confissão qualificada ser cindida, trazendo unicamente consequências prejudiciais ao confitente, não sendo, neste sentido, viável a restringir o seu reconhecimento como atenuante por tal motivo.

Por fim, cumpre ainda observar que, a atenuante da confissão espontânea deve ser vista como uma forma de premiar o indivíduo que opta por colaborar com a instrução processual, concedendo segurança e tranqüilidade para que o julgador tome a sua decisão.

Ademais, observa-se que a não aplicação da atenuante da confissão constitui também grave violação ao direito ao silêncio, expressamente tutelado por meio do artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal (OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de, 2015, p. 383):

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado.

Neste mesmo sentido, vale mencionar o artigo 8º, 2, do Pacto de San José da Costa Rica – decreto nº 678/1992 -, do qual o Brasil é signatário, na medida em que prevê:

Artigo 8º - Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e

(...)

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

Desta forma, têm-se o direito ao silêncio como uma garantia constitucional vinculada à idéia de não incriminação, de forma a possibilitar ao réu não depor

contra si ou se declarar culpado, exercendo a sua autoproteção em face do Estado (OLIVEIRA, Eugenio Pacelli, 2015, p. 384).

Por conta disto, a simples admissão da autoria criminosa já se revela como uma forma de auto renegar uma garantia fundamental do acusado, que se coloca em uma situação mais desamparada perante a acusação, independente do acréscimo de eventual excludente de ilicitude ou culpabilidade.

Destarte, conferir tamanha discricionariedade ao julgador no que se refere à aplicação da atenuante da confissão espontânea nas hipóteses de confissão qualificada pode ensejar no cometimento de inúmeros abusos em face das liberdades individuais, decorrentes da grande concentração de poder nas mãos do juiz – remetendo a características marcantes do modelo inquisitivo que não deixou saudades no direito brasileiro.

Desta forma, a simples admissão quanto à autoria da prática delituosa investigada já cumpre sua função de elucidar parte da matéria controvertida. Portanto, mostra-se justo conceder ao confitente a benesse da atenuante de sua reprimenda, mesmo que a sua declaração tenha incluído uma desculpa após a confissão.

Assim, deve ser enxergada a atenuante genérica da confissão espontânea como direito subjetivo do acusado, na medida em que, mesmo que não apresente *animus* de colaboração com a instrução processual, acabar por elucidar, ao menos, a questão da autoria criminosa – exigindo apenas que se dê espontaneamente perante autoridade.

Diante todo o exposto, consubstanciado ao entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio da súmula 545, verifica-se que a incidência da atenuante por força da confissão qualificada resta condicionada a sua contribuição para a fundamentação da decisão condenatória.

Assim, conclui-se que a concessão da benesse da amenização da reprimenda possui caráter objetivo, não restando condicionada a intenção do confitente, mas sim a produção de suas consequências, qual seja: auferir a verdade dos fatos, elucidando, conseqüentemente, a ação penal.

5 CONCLUSÃO

Diante da pesquisa realizada é possível extrair que inexistente qualquer restrição legal em face da possibilidade do reconhecimento da confissão qualificada como atenuante na dosimetria da pena.

Neste sentido, o legislador apenas instituiu a exigência que a confissão fosse realizada de maneira espontânea e perante autoridade criminal, não havendo qualquer outro requisito legal apto a obstar a incidência da referida atenuante.

No mais, não há qualquer previsão legal que faça distinção entre as espécies de confissão, inexistindo, desta forma, qualquer motivo autorizador da concessão de tratamento jurídico diverso às suas diferentes espécies.

Deve-se lembrar também, que o princípio da legalidade atua como uma das garantias basilares do Direito Penal, estabelecendo a necessária obediência aos preceitos legais.

Conclui-se então, que, tomando como parâmetro o ordenamento jurídico criminal brasileiro e sua vedação legal em relação à analogia *in malam partem*, torna-se inviável restringir a aplicabilidade da atenuante por força de uma interpretação restritiva da norma.

Em outro sentido, cumpre citar o entendimento de parte da doutrina, que condiciona o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea por força da confissão qualificada, a potencialidade de gerar prejuízo ao confitente.

Para essa parcela da doutrina, seria inviável reconhecer a atenuante da pena com base na realização de uma confissão qualificada, pois inexistiria o *animus* na declaração do confitente em colaborar com a instrução processual, constituindo-se, em verdade, como uma tese de defesa.

Assim, devem ser observados os preceitos do Pacto de San José da Costa Rica, em plena consonância com o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, na medida em que estabelecem a garantia ao silêncio, assegurando ao indivíduo o direito a não se declarar culpado, tampouco depor contra si.

O direito ao silêncio figura como uma garantia constitucional ligado ao direito de não incriminação. Desta forma, a mera admissão da autoria do crime já coloca o réu em uma situação mais desamparada perante a acusação, independente do acréscimo de eventual excludente de ilicitude ou culpabilidade.

Desta forma, mesmo que seja tomada como base a restrição de prejudicialidade criada por parte da doutrina, há de incidir a atenuante da pena, já que restaria devidamente elucidada a autoria criminosa, facilitando o exercício da atividade do julgador e evitando, via de regra, o cometimento de erros.

Ademais, observa-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já instituiu posicionamento consolidado no que se refere ao caráter objetivo da confissão, não existindo qualquer motivo para incrementar qualquer requisito subjetivo para incidência da atenuante.

Neste sentido, insta citar a Súmula 545, do Superior Tribunal de Justiça, responsável por instituir que, caso a confissão (qualificada) seja utilizada como embasamento para a decisão condenatória, deverá, obrigatoriamente, ser reconhecida a atenuante do artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal.

Desta forma, estará se privilegiando a finalidade do instituto da confissão, qual seja, a elucidação da autoria da prática criminosa que justifica a existência da ação penal.

Por fim, diante todo o exposto no presente trabalho, conclui-se que a confissão deve ser tratada de modo geral, indeferindo as suas modalidades. Desta forma, havendo uma efetiva regulamentação da potencialidade de atenuar a pena por força da confissão qualificada, seria possível garantir uma maior segurança jurídica ao indivíduo colocado no pólo passivo de uma ação penal.

Ademais, não se pode conferir tamanha discricionariedade ao julgador no que se refere à aplicação da atenuante da confissão espontânea nas hipóteses de confissão qualificada, sob pena de permitir o cometimento de inúmeros abusos em face das liberdades individuais, decorrentes da grande concentração de poder nas mãos do juiz – remetendo a características marcantes do modelo inquisitivo.

Assim, mostra-se necessária a atuação poder legislativo, buscando conferir expressamente tratamento igualitário em relação às espécies de confissão, evitando

assim a tomada de decisões arbitrárias, unificando a jurisprudência quanto ao instituto e tornando as decisões proferidas Brasil a fora mais justas.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. De Camargo. 6ed. **Da prova no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. **O Princípio da Proporcionalidade Aplicado ao Direito Penal**: Fundamentação Constitucional da Legitimidade e Limitação do Poder de Punir. Revista da EMERJ. Rio de Janeiro. v. 12, nº 45, 2009, p. 273-315.

ARAÚJO, Vicente Leal. Princípio da individualização da pena. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 18, nº 8, 2006, p. 27-41. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16047647.pdf>>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **AP 00007756920138050155**. Relatora: Des. Inez Maria Brito Santos Miranda. Salvador. DJ 16 de julho de 2015. Disponível em: <<https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/363493550/apelacao-apl-7756920138050155/inteiro-teor-363493559>>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **AP 05051396220178050001**. Relatora: Nágila Maria Sales Brito. Salvador. DJ 05 de março de 2018. Disponível em: <<https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/552731375/apelacao-apl-5051396220178050001>>. Acesso em 03 de outubro de 2018.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A Individualização da Pena na Execução Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BOSCHI, José Antônio Paganella. 7ed. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91622/codigo-processo-penal-decreto-lei-3689-41>>. acesso em 15.09.2018

_____. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. acesso em 19.03.2018

_____. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjos e.htm>>. acesso em 18out.2018.

_____. **Lei de Execuções Penais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm>. acesso em 25.04.2018.

_____. **Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br>>. acesso em 19 mar.2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 22927**. Min. Paulo Gallotti. DJ 16 de outubro de 2006. Brasília. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7133924/habeas-corpus-hc-22927-ms-2002-0070235-2-stj/relatorio-e-voto-12849902?ref=juris-tabs>>. Acesso em 15 de outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 318184**. Min. Newton Trisotto. DJ 17 de março de 2015. Brasília. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178454379/habeas-corpus-hc-318184-rj-2015-0048566-4/decisao-monocratica-178454396>>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 0035846**. Min. Paulo Gallotti. DJ 16 de outubro de 2006. Brasília. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7133924/habeas-corpus-hc-22927-ms-2002-0070235-2-stj/relatorio-e-voto-12849902?ref=juris-tabs>>. Acesso em 15 de outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1183157**. Min. Sebastiao Reis Júnior. DJ 09 de novembro de 2012. Brasília. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22613006/recurso-especial-resp-1183157-sp-2010-0035846-0-stj/inteiro-teor-22613007>>. Acesso em 15 de outubro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1102010**. Min. Luiz Fux. DJ 14 de fevereiro de 2018. Brasília. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548886894/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1102010-sc-santa-catarina-0011400-3220098240008>>. Acesso em 15 de outubro de 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 89570**. Min. Ricardo Lewandowski. DJ 18 de setembro de 2006. Brasília. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14779429/habeas-corpus-hc-89570-rj-stf>>. Acesso em 15 de outubro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 940096**. Min. Edson Fachin. DJ 09 de agosto de 2017. Brasília. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/492512944/recurso-extraordinario-re-940096-ms-mato-grosso-do-sul-0333645-9520143000000>>. Acesso em 15 de outubro de 2018.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. acesso em 19 mar.2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br>>. acesso em 24 mar.2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br>>. acesso em 24 mar.2018.

CÂNDIDO, Hedlian da Silva. **Confissão Espontânea como circunstancia atenuante preponderante**. Disponível em:

<<https://core.ac.uk/download/pdf/16020654.pdf>>. Acesso em 24. Ago. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Principais julgados do STF e STJ comentados 2012**. Manaus: Dizer o direito, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 5ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução a ciência do direito**. 26ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DOBRIANSKYJ, Virgínia de Oliveira Rosa. **O Princípio da Proporcionalidade como Critério de Aplicação da Pena**. 2009. Tese. (Mestrado em Direito).

Orientador: Prof. Dr. Oswaldo Henrique Duek Marques – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo. Disponível em:

<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp099257.pdf>>. Acesso em 08 mai. 2018.

FERREIRA FILHO, Roberval Rocha. **Supremo Tribunal Federal: principais julgamentos em 2003**. Recife: Organizador, 2005.

GAMA, José de Souza. **Confissão penal e direitos humanos**. Duque de Caxias: Ar Gráfica, 1979.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 5ed. Niterói: Impetus, 2011.

_____. **Curso de Direito Penal**. 16ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução por GREVE, Regina. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LOPES JR., Aury. 13ed. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de processo penal: comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Código Penal interpretado**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NAGIMA, Irving Marc Shikasho. **Da atenuante da confissão espontânea**. Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20151/da-atenuante-da-confissao-espontanea>>. Acesso em 03mar. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. 14ed. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. 2ed. **O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. 3ed. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Código Penal comentado**. 16ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Individualização da Pena**. 7ed. revista, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 16ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes. **ABC do direito penal**. 13ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROSSETTO, Enio Luiz. **A confissão no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2001.

SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. Tradução por AMADIO, Thais Miremis Sanfelippo da Silva. São Paulo: Rideel, 2006.

SCHMITT, Ricardo Augusto. 3ed. **Sentença penal condenatória: Teoria e Prática**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

_____. 8ed. **Sentença penal condenatória: Teoria e Prática**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

SCHVEITZER, Thais. **A Confissão qualificada e a confissão extrajudicial retratada em juízo**: Aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais sobre a (im)possibilidade das suas incidências na dosimetria penal. 2017. Tese. (Graduação em Direito). Orientador: Prof. Dr. Francisco Bissoli Filho – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/84616354.pdf>>. Acesso em 05 mai. 2018.

SIMONETTI, Rafael. **A confissão qualificada e seus desdobramentos na legislação brasileira**. Meu Site Jurídico. Disponível em: <<http://s3.meusitejuridico.com.br/2018/05/14381151-artigo-confissao-qualificada-versao-final.pdf>>. Acesso em 12 Out. 2018.

TAMBARA, Vinicius Otávio Cechin. **A evolução histórica dos sistemas processuais penais**. Boletim Jurídico. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3040/a-evolucao-historica-sistemas-processuais-penais>>. Acesso em 21. Out. 2018.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual**. 10ed. Salvador: Juspodivum, 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal; de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo Penal**. 16ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Processo Penal**. 29ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VIANA, Lourival Vilela. **Da confissão penal**. Belo Horizonte: Velloso Cia, 1953.

VILLAR, Alice Saldanha. **O reconhecimento da confissão espontânea do réu na jurisprudência do STJ**. Jusbrasil. Disponível em: <<https://alice.jusbrasil.com.br/artigos/258964140/o-reconhecimento-da-confissao-espontanea-do-reu-na-jurisprudencia-do-stj>>. Acesso em 31 Ago. 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.