

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

BERNARDO LAJUS DOS SANTOS

**A POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO ENTRE A REINCIDÊNCIA E A
CONFISSÃO ESPONTÂNEA NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA**

Florianópolis - SC

2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
BERNARDO LAJUS DOS SANTOS

**A POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO ENTRE A REINCIDÊNCIA E A
CONFISSÃO ESPONTANÊA NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa

Florianópolis - SC

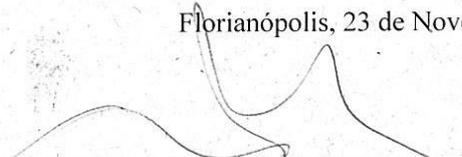
2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

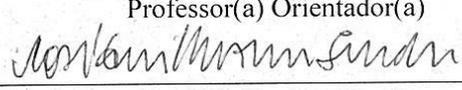
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A compensação entre a reincidência e a confissão espontânea no momento da aplicação da pena**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Bernardo Lajus dos Santos**, defendido em **23/11/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (Dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

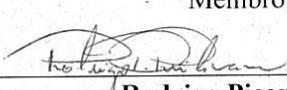
Florianópolis, 23 de Novembro de 2015



Alexandre Morais da Rosa
Professor(a) Orientador(a)



José Guilherme Surdi
Membro de Banca



Rodrigo Picanço Reichmann
Membro de Banca

*“Enquanto os homens exercem seus podres
podres*

Motos e fuscas avançam os sinais vermelhos

E perdem os verdes

Nós somos uns boçais”.

(Caetano Veloso – Podres Poderes)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, à minha família, o que mais me importa e orgulha neste mundo.

À minha mãe, Maria Lúcia Lajus dos Santos, que meu deus, não só a vida, mas todas as condições para que eu fosse feliz. Pelo amor incondicional, pela compreensão e transmissão de valores imprescindíveis para a formação do meu caráter e personalidade e pelo exemplo de superação e conquistas atingidas inteiramente por seu empenho, iniciando do zero e prematuramente.

Ao meu pai, Ivilten Barreto dos Santos Filho, exemplo de amor e dedicação. Pelos sacrifícios feitos nos últimos vinte e quatro anos para me dar o melhor que um ser humano pode ter. Por estar ao meu lado em todas as dificuldades e por permitir que eu traçasse meu próprio caminho, protegido por todo o afeto do mundo. Cada conquista minha tem uma participação imensurável sua e nesta não foi diferente.

Ao meu irmão e herói, Bruno Lajus dos Santos, pelas lições jurídicas, morais e futebolísticas. Por ser meu melhor amigo, companheiro maior nas minhas aflições e nas minhas realizações, permanecendo sereno e solícito. Orgulha-me muito o fato de pessoas me confundirem contigo.

Ao meu avô, Ivilten Barreto dos Santos, a quem devo o gosto pelo Direito e pela música e à minha avó, Terezinha de Jesus Vieira dos Santos. Meus exemplos maiores de dedicação à família e generosidade, que me inspiraram a cursar a faculdade e a ser o homem que eu sou. Obrigado por me lembrarem que amar é jamais esquecer.

Aos meus tios André Luiz Silveira Machado e Luciane Vieira dos Santos Machado, por exercerem os papéis de segundo pai e segunda mãe, respectivamente. Agradecimento nenhum será suficiente para expressar o quanto devo a vocês.

Ao meu primo Lucas dos Santos Machado, pelo amparo jurídico, inclusive neste trabalho, pela amizade e exemplo em todos os sentidos. Ser humano e jurista da mais alta categoria, um orgulho.

À minha namorada, Luiza Gonçalves, exemplo de dedicação, inteligência e responsabilidade, por me dar um coração para chamar de lar e por não medir esforços para me ver feliz. Minhas conquistas jurídicas e pessoais não se concretizariam e não teriam sentido sem a sua companhia.

Aos amigos de longa data, Eduardo Luiz Mendonça, Eduardo Schwinden Leal, Jorge Luís Packer Filho, Ligiane Pereira Fagundes Mendonça, Marco Diego Rachadel, Maurício Luís Alves Júnior, Peterson Braga, Raphael Faria, Thiago Chaves Mates e Tiago Iraton da Silva, companheiros nesta e em outras fases importantes da minha vida.

Aos amigos de curso, Cristian Dias, Gustavo Knesel Hoffmann, Marcelo Campos, Marco Aurélio Baggio, Nicolás Saveriano Dodi e Pedro Augusto Fernandes Duarte, por todos os momentos de aflição e alívio nos últimos cinco anos.

E aos meus professores, pela paciência e dedicação em ensinar tanto jurídico, quanto moralmente todos os alunos de forma indistinta, em especial ao Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa, responsável por mudar minha visão de mundo e de Direito, principalmente no que se refere à defesa dos direitos humanos.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo central estudar a consequência na pena quando do concurso entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea na segunda fase da dosimetria, tendo em vista a recorribilidade do tema, a polêmica jurisprudencial envolvendo os tribunais superiores e o impacto que o fato traz ao sistema prisional brasileiro. No intuito de se alcançar o escopo argumentativo almejado, buscou-se, em um primeiro momento, discorrer sobre os princípios fundamentais que orbitam a aplicação da pena e as suas três etapas, especialmente a segunda fase, em que são analisadas as circunstâncias de que trata esta monografia. Posteriormente, além de conceituar e destrinchar os elementos que envolvem a reincidência e a confissão espontânea, abordou-se, enfim, o foco central deste estudo a compensação quando do concurso das referidas circunstâncias agravantes e atenuantes. No capítulo derradeiro, aplicando os pressupostos estudados nos dois anteriores, procurou-se expor a forma com que o tema vem sendo encarado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Aplicação da pena. Dosimetria. Reincidência. Confissão espontânea. Compensação. Concurso de atenuantes e agravantes.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A APLICAÇÃO DA PENA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO CÓDIGO PENAL	11
2.1 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	12
2.2 APLICAÇÃO DA PENA E O MODELO TRIFÁSICO	16
2.2.1 Primeira fase: circunstâncias judiciais	18
2.2.2 Segunda fase: atenuantes e agravantes	26
2.2.3 Terceira fase: causas de aumento e diminuição de pena	30
3 REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA: CONCEITOS E CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS	33
3.1 CONFISSÃO ESPONTÂNEA	33
3.1.1 Conceito	33
3.1.2 Classificação	35
3.1.3 Aplicação	35
3.2 REINCIDÊNCIA.....	39
3.2.1 Conceito	39
3.2.2 Classificação	40
3.2.3 Efeitos	42
3.2.4 Crítica	43
3.3 CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS E COMPENSAÇÃO	45
4 ANÁLISE DO CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA NOS JULGADOS BRASILEIROS.....	50
4.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	52
4.2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	55
4.3 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA	58
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

1 INTRODUÇÃO

Como cediço, o sistema penal, em especial a aplicação da reprimenda a partir da prolação de uma sentença condenatória, é calcado, primordialmente, nos direitos e garantias fundamentais inerentes ao indivíduo, isto é, não há pena legítima sem que sejam respeitados os limites estabelecidos pela lei e pelos princípios fundamentais do Direito.

Neste viés, a aplicação da pena é dividida em três fases: a primeira, em que são analisadas as circunstâncias judiciais e estabelecida a pena-base; a segunda, em que são sopesadas as agravantes e atenuantes; e a terceira, em que é avaliada a existência de causas gerais e especiais de aumento e diminuição de pena.

O presente trabalho tem como tema a possibilidade, ou não, da compensação entre a reincidência e a confissão espontânea no concurso de agravantes e atenuantes na segunda fase da dosimetria. Para tanto, serão analisadas as justificativas provenientes da doutrina e verificadas na jurisprudência, especialmente os posicionamentos das duas principais Cortes brasileiras, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, divergentes neste ponto.

Assim, pode-se dizer que a pesquisa será baseada na seguinte questão: é possível a compensação entre a reincidência e a confissão espontânea, com fulcro no artigo 67 do Código Penal?

O objetivo geral do presente estudo é analisar as diversas interpretações dadas ao artigo 67 do Código Penal, à luz dos princípios e direitos constitucionais, e, de forma dinâmica, expor alguns posicionamentos jurisprudenciais, bem como demonstrar o funcionamento da aplicação da pena no direito penal brasileiro, a fim de estabelecer qual o posicionamento mais adequado.

O artigo 67 do Código Penal dispõe que: “No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência”.

Neste viés, o ponto central que envolve a divergência na doutrina e na jurisprudência em relação à compensação, ou não, entre a reincidência e a confissão espontânea está na natureza desta última.

Parte da doutrina e a jurisprudência, hoje consolidada, do Superior Tribunal de Justiça entendem que a confissão é atenuante de caráter subjetivo, diretamente ligada à

personalidade do agente e, conseqüentemente, circunstância preponderante no concurso de agravantes e atenuantes.

Por outro lado, alguns doutrinadores e o Supremo Tribunal Federal entendem que a confissão é circunstância objetiva, posterior ao crime, ligada ao interesse do acusado em ser objeto de benesse processual e, por isso, não pode ser considerada circunstância preponderante, prevalecendo a reincidência.

Assim, caberá a este trabalho monográfico sopesar todos os argumentos contrários e favoráveis da compensação entre as circunstâncias mencionadas, a fim de se estabelecer qual o posicionamento mais condizente com a Constituição Federal e o Estado Democrático de Direito.

Para tanto, buscar-se-á, primeiramente, demonstrar de forma crítica os aspectos gerais da pena na Constituição da República e no Código Penal, abordando inicialmente os princípios fundamentais inerentes à reprimenda, mormente o princípio da individualização da pena, e, posteriormente, a mecânica da aplicação da pena, suas três etapas e principais elementos, fornecendo seus conceitos e classificações.

Após, serão conceituados e destrinchados os elementos que envolvem a reincidência e a confissão espontânea, inclusive a (in)constitucionalidade da primeira, para, enfim, tratar da possibilidade de compensação entre as referidas circunstâncias na segunda fase da dosimetria, por meio da análise das opiniões doutrinárias acerca da temática.

Por fim, aplicando os pressupostos estudados nos dois anteriores, será exposta a forma com que o tema vem sendo encarado pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, para então, ser posto qual posicionamento mais próximo ao Estado Constitucional.

2 A APLICAÇÃO DA PENA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO CÓDIGO PENAL

De acordo com Queiroz, todo o Direito, do ponto de vista positivado, decorre de normas Constitucionais, isto é, nasce e se finda na Carta Magna, fundamento de validade da ordem jurídica (2008, p. 37), uma vez que o sistema jurídico deve ser aplicado de forma lógica, sistemática, hierarquizada e coesa, em que todas as normas estejam vinculadas ao texto constitucional, especialmente aos princípios fundamentais.

No Direito Penal, mormente no que se refere à aplicação da pena, os princípios fundamentais constitucionais explícitos e implícitos possuem especial relevância, haja vista a responsabilidade estatal envolvida e o impacto em todos os âmbitos da vida do condenado.

Dentre os princípios fundamentais instituídos na Constituição da República, os que diretamente se relacionam à pena e a sua aplicação são: a) princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX), que preconiza a inexistência de crime ou pena sem lei anterior que os defina; b) princípio da transcendência ou da personalidade (art. 5º, XLV), que estabelece a impossibilidade da pena passar da pessoa do condenado; c) princípio da racionalidade (art. 5º, XLVII, alíneas “a”, “b”, “c”, “d” e “e”), que veda as penas de morte em tempo de paz, prisão perpétua, trabalhos forçados, banimento e penas cruéis; d) princípio da humanidade da pena (art. 5º, XLVI), que assegura ao preso o respeito a sua integridade física e moral; e) princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI), o mais emblemático direito fundamental na aplicação da pena institui a vedação de penas genéricas, impondo ao magistrado o direito/dever de analisar cada caso de acordo com suas circunstâncias, aplicando a pena dentro do estipulado em lei (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2015, p. 129).

Seguindo os princípios supramencionados, o Código Penal, do artigo 53 a 76, estabelece os preceitos para a aplicação da pena, definida, segundo Nucci (2015, p. 419), como o método judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal, em que o juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador e valendo-se do seu livre convencimento motivado, elege o quantum ideal. Trata-se da fiel aplicação do princípio norteador do sistema penal, a individualização da pena, evitando-se a padronização vedada pela Constituição da República.

A partir desses e de outros princípios, tais como legalidade, proporcionalidade, culpabilidade e principalmente o da dignidade da pessoa humana, o julgador deve aplicar a

pena ao condenado respeitando as três fases da dosimetria, conforme preconiza o artigo 68 do Código Penal, *in verbis*:

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 (BRASIL, 1940).

Assim, segundo o texto legal supratranscrito, a pena é cominada em três fases distintas. A primeira institui a pena-base, que será fixada de acordo com as circunstâncias elencadas no artigo 59 do Código Penal¹, quais sejam: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, o comportamento da vítima e os motivos, circunstâncias e consequências do crime. A segunda etapa analisa as circunstâncias agravantes e atenuantes, não podendo a pena, por influência dessas, ser fixada acima do máximo ou abaixo do mínimo legal. Por fim, é aferida a existência de causas gerais e especiais de aumento ou diminuição de pena, as quais têm o condão de estabelecer a reprimenda final acima do mínimo ou abaixo do mínimo cominado.

2.1 A Constituição da República e o Princípio da Individualização da Pena

A Constituição Federal, ao tratar dos direitos fundamentais, especialmente na área penal, elegeu como marco fundante a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal, elencados em seus artigos 1º, inciso III², e 5º, inciso LIV³. Destes princípios, deriva o

¹ 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:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (BRASIL, 1940).

² Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

³ Art. 5º, inciso LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (BRASIL, 1988).

princípio fundamental da individualização da pena, que garante ao acusado que o seu processo será detalhadamente esmiuçado antes de ser julgado e que, ao final, caso seja condenado, a sua pena condirá com a sua conduta e as circunstâncias que a rodeiam.

Em análise ao referido princípio, Guilherme de Souza Nucci o conceitua da seguinte forma (2014, pp. 29-30):

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.

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena preestabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto. Como diz JOSÉ ANTONIO PAGANELLA BOSCHI, o princípio da individualização da pena, que “visa resguardar o valor do indivíduo – precisa ser juridicamente considerado. A atitude implica reposicionamento do intérprete e do aplicador da lei penal perante o caso concreto e seu autor, vedadas as abstrações e as generalizações que ignoram o que o homem tem de particular”.

Ao comentar o tema, José Antonio Paganella Boschi (2013, p. 146) faz uso das lições de Jorge Luiz Guzman Dalbora, proferidas no Congresso Internacional de Direito Penal e Processo Penal, realizado em maio de 2010, em Porto Alegre, e em seguida complementa com o seu entendimento para apresentar uma das funções do referido princípio:

“Individuar equivale, em castellano, pero también em los verbos equivalentes de otras lenguas romances, a especificar o tratar pormenorizadamente de una cosa, es decir, particularizarla. Sin embargo, no debe entereverse em ello la operacion metodológica que distingue a las ciencias de la cultura como es la del Derecho. El carácter individualizador de éstas deriva de su propósito de establecer la singularidade irrepitable de um fenómeno particular, aquello que lo realiza por su referencia a valores dentro de un conjunto de fenomenos homólogo, i esto nada tiene que ver com el designio consistente em identificar cuántos individuos a kakuz de sus propiedades, están comprendidos em uma misma especie”

Efetivamente, o indivíduo – como categoria moderna – foi (re) posicionado no centro do drama penal.

Já não é mais o homem fora-do-mundo da Idade Média, mas, segundo Dumont, em discurso sobre as sociedades holísticas, um homem-no-mundo, personagem da modernidade, titular de direitos perante o Estado por ele próprio criado para respeitá-lo e protege-lo.

Disso tudo pode-se concluir que agridem a garantia da individualização da pena as sentenças padronizadas, que servem para “resolver” todos os casos, para quantificar todas as penas, independentemente das peculiaridades do fato e das singularidades de seus agentes.

Já Vinícius Machado (2010, pp. 41-42), abre nova perspectiva de análise ao princípio, ensinando que, além de se relacionar com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e devido processo legal, a individualização da pena está intimamente ligada aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, explícitos na Constituição Federal, especialmente quando se fala em aplicação judicial da pena.

Nesta esteira, segundo leciona Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 30), há três etapas da individualização da pena, sendo imprescindível a conceituação de cada uma delas.

A primeira refere-se à individualização legislativa, eis que, inicialmente, cabe ao legislador, quando da elaboração de um tipo penal, estabelecer as penas mínimas e máximas, suficientes e necessárias para a reprovação e prevenção do delito.

Nas palavras de José Antonio Paganella Boschi (2013, p. 149):

Consoante Figueiredo Dias, “há uma nítida separação de tarefas e responsabilidades” entre o legislador e o juiz”, incumbindo “ao legislador... estatuir as molduras penais cabidas a cada tipo de fatos que descreve na PE do CP e em legislação extravagante, valorando para o efeito a gravidade máxima e mínima que o ilícito de cada um daqueles tipos de fatos pode presumivelmente assumir. Mas porque o sistema não poderia funcionar de forma justa e eficaz se não fosse dotado a este de casos especiais, podem agravar ou atenuar os limites máximo e (ou) mínimo das molduras penais em princípio previstas para um certo tipo de fatos (circunstâncias modificativas). Com todo esse condicionalismo, assim fixado pelo legislador, tem o juiz de estritamente 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 o tipo de pena a aplicar concretamente, sempre que o legislador tenha posto mais de uma “à sua disposição”.

Neste ponto, é salutar lembrar as críticas de Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 735), que citam Silva Franco ao denunciarem certa omissão do legislador de sua função específica de determinar, adequadamente, um mínimo e um máximo de pena, e, por preguiça ou receio de assumir a devida responsabilidade, estabelece margens exageradamente largas, em meio às quais atua o juiz.

Segundo os autores, este sistema adotado pelo nosso Códex obriga o magistrado a fundamentar, necessariamente, a individualização da pena que faz em sua sentença, não sendo, absolutamente, suficiente uma mera menção genérica aos artigos do diploma legal.

A segunda fase, tida como individualização judicial da reprimenda, representa, segundo Vinicius Machado (2010, pp. 107-108):

o momento em que o juiz, após detectar provas de autoria e materialidade do delito imputado ao réu, decide condená-lo e aplicar-lhe uma sanção penal legalmente prevista e apta a reprovar e a prevenir a conduta antissocial perpetrada. Para tanto, utiliza-se de uma operação matemática que exige a ponderação das circunstâncias que envolveram o fato criminoso e dos caracteres individuais do condenado.

Nesta senda, Rodrigo Duque Estrada Roig (2015, p. 107) explica que a individualização advém da inevitável inaptidão do arcabouço normativo em abarcar de forma pormenorizada todas as possíveis situações fáticas capazes de influenciar na fixação da pena. É conferido, desta forma, ao sentenciante o poder de atribuir concretude a uma hipótese legal abstrata, evitando-se a imobilização da função judicial pelo legalismo exacerbado, e, concomitantemente, a nefasta discricionariedade judicial abusiva, sem a fixação de contornos democráticos à sua atividade.

Tal inaptidão, apontada por Roig, e as margens exageradamente largas, denunciadas por Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 736), fazem com que o artigo 93, inciso IX, da Constituição da República⁴, que exige a fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade, exerça ainda mais força sob o magistrado quando da análise da matéria penal, mormente no que se refere à aplicação da pena.

Por fim, a terceira e última fase em que se desenvolve a individualização da pena é a da execução da reprimenda, a qual, segundo Boschi (2013, p. 150), dá-se por intermédio do juiz da execução penal, que, tendo por referência os limites assinalados pela sentença condenatória, presidirá o processo de execução da pena, em acordo com o programa individualizador do tratamento do penitenciário, previsto no artigo 6º da Lei de Execução Penal⁵.

Ainda segundo o autor, nessa etapa, as atividades executórias, praticadas em colaboração entre os membros dos Poderes Judiciário e Executivo (diretores de estabelecimentos penitenciários e demais servidores), não poderão desbordar do âmbito da sentença condenatória e das normas legais ou regulamentares, cabendo ao Ministério Público, ao Conselho Penitenciário e ao próprio sentenciado, fiscalizar a ação executória.

Portanto, a par da análise dos conceitos e etapas da individualização da pena, conclui-se, em conformidade com os ensinamentos de Vinícius Machado (2010, pp. 41-42), que o princípio da individualização da pena tem como mais importante objetivo proteger o apenado, humanizando (individualizando) a sua pena, de forma a se contrapor ao arbítrio estatal, ainda que dependa da discricionariedade do julgante.

⁴ Art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL, 1988).

⁵ Art. 6º, LEP - A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório (BRASIL, 1984).

2.2 Aplicação da pena e o modelo trifásico

Da promulgação do Código Penal, no início da década de 1940, à sua grande reforma realizada pela Lei n. 7.209/84, a doutrina brasileira, especialmente Nelson Hungria e Roberto Lyra, debatiam acerca dos modelos de aplicação da pena.

Para Hungria, o juiz devia adotar o modelo trifásico de aplicação da pena, em que analisaria: na primeira fase, as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal; na segunda, as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes dos artigos 61 ao 66 do Código Penal); e na terceira, as causas gerais e especiais de aumento e diminuição de pena.

Lyra, por sua vez, preconizava a adoção do modelo bifásico, em que as atenuantes e agravantes seriam sopesadas em conjunto com as circunstâncias judiciais para a fixação da pena-base, para, por fim, serem aplicadas as causas de aumento ou diminuição. Tal modelo se fundamenta na similaridade entre as circunstâncias legais e judiciais.

A despeito disso, Hungria argumentava que o modelo trifásico era mais detalhado, ficando mais claro às partes o pensamento exato do juiz no momento da dosimetria. Havendo a separação em três fases distintas, com a necessária fundamentação para cada uma delas, tornar-se-ia mais clara a fixação da sanção penal (NUCCI, 2015, p. 150).

Em 1984, a Lei n. 7.209/84 altera a redação original do Código e institui a mecânica idealizada por Nelson Hungria e, sob a égide do artigo 68, estabelece o modelo trifásico para aplicação da pena, o qual é tido como procedimento formal obrigatório, sendo que sua inobservância, conforme sedimentado entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, acarreta em nulidade da sentença e obrigatoriedade de nova aplicação da pena:

EMENTA: HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS, CUMULATIVAMENTE COM CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA FASE. CRITÉRIO TRIFÁSICO (ART. 68 DO CP). INOBSERVÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A dosimetria da pena exige do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos ético-sociais da sanção e das garantias constitucionais, especialmente a garantia da individualização do castigo e da fundamentação das decisões judiciais. 2. A necessidade de fundamentação dos provimentos judiciais decisórios (inciso IX do art. 93 da Constituição Federal) é garantia que tem na fixação da pena um dos seus momentos culminantes. Garantia que junte o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido. 3. A pena-base corresponde à primeira etapa da dosimetria da pena e para a qual importa o exame das chamadas circunstâncias judiciais. Circunstâncias assim listadas pelo art. 59 do Código Penal: "culpabilidade,

aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima". 4. Na concreta situação dos autos, o Tribunal de Justiça de São Paulo mesclou o exame das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente e a segunda qualificadora ("meio cruel"). Isso ainda na primeira etapa do trajeto da dosimetria da pena (fixação da pena-base). O que viola o sistema trifásico de fixação da reprimenda (artigo 68 do CP) e impede o acusado de conhecer, em detalhes, os caminhos percorridos pelo julgador para a imposição da reprimenda. 5. Ordem parcialmente concedida apenas para determinar que nova pena-base seja fixada (STF, *Habeas Corpus* n. 100835, de São Paulo. Primeira Turma. Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 27/04/2010).

Neste modelo, em que o juízo qualitativo da culpabilidade como categoria do crime passa a ser o juízo quantitativo da culpabilidade (SANTOS, 2012, p. 307), a pena passa por três etapas de determinação: fixação da pena-base; aumento ou diminuição entre o mínimo e o máximo, em decorrência as circunstâncias atenuantes ou agravantes genéricas; e a fixação que pode superar o máximo ou fixar-se abaixo do mínimo fundamentadas nas causas de aumento ou de diminuição de pena, gerais ou especiais.

Ao se manifestarem sobre o tema, Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2014, p. 737) fazem uma costumeira e importante crítica ao modelo trifásico para, enfim, relembrar um dos pressupostos básico da aplicação da pena, o qual merece especial menção:

Este sistema que determina a individualização da pena em três etapas (pena-base; circunstâncias genéricas; causas especiais) está a indicar que as duas primeiras etapas correspondem à determinação da pena dentro da escala normal do delito, enquanto a terceira decorre de uma alteração de uma escala penal modificada. Conquanto esse sistema tenha a virtude de eliminar as discussões, até então existentes no Brasil e na doutrina comparada, ele complica muito as coisas, pois, frequentemente, pensa-se na necessidade de se construir, por primeiro, uma escala abstrata, e, em seguida, determinar a pena dentro dela. E isso tem alguns inconvenientes lógicos, que pode ocorrer quando a terceira etapa remeta novamente a uma revisão ou reavaliação da primeira, particularmente, quando se trata de determinar a categoria da pena aplicável, uma vez que a escala normal pode estabelecer uma pena cuja quantidade não permita sua substituição, e, logo em seguida, como decorrência de uma escala alterada, isso se torna possível. Por outro lado, frequentemente se torna difícil estabelecer a pena-base no caso concreto, pois, às vezes, deve-se imaginar resultados ou efeitos que não tinham ocorrido, como no caso da tentativa.

[...]

Para aplicar esta mecânica individualizadora, é fundamental ter-se em conta uma regra básica: não se pode desvalorar duplamente, e, muito menos triplamente, uma mesma circunstância, isto é, existe uma proibição de desvalorização plural de circunstâncias.

2.2.1 Primeira fase: circunstâncias judiciais

Na etapa inicial da dosimetria, como prevê o artigo 59, *caput*, do Código Penal, o juiz se atentará às circunstâncias judiciais - culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, os motivos, circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima - a fim de dar início à fixação da pena.

A pena-base é a primeira escolha do juiz na dinâmica aplicação da reprimenda, sobre a qual refletirão as agravantes e atenuantes e, em seguida, as causas de aumento e diminuição. A escolha do patamar inicial, a ser extraído da faixa variável entre o mínimo e máximo abstratamente dispostos no tipo penal, faz-se à luz das circunstâncias judiciais, do artigo supratranscrito, não se tratando, portanto, de uma opção arbitrária do juiz, mas de uma observância obrigatória dos elementos expressamente indicados em lei (NUCCI, 2015, p. 148).

Além da quantificação da pena-base, segundo Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 738) e boa parte da doutrina pátria, o artigo 59 da Lei Penal Substantiva cumpre uma função de indicar regras que vão além da pena-base, uma vez que frequentemente há uma remissão ao referido artigo a fim de determinar qual ou quais são as penas aplicáveis, e se existe cominação alternativa; estabelecer qual o regime inicial de cumprimento pena, quando se tratar de pena privativa de liberdade; e se deve substituir a pena privativa de liberdade por outra pena, restritiva de direitos ou multa, o que geraria uma quarta etapa implícita da dosimetria da pena.

Voltando à pena-base, Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 310) aponta dois critérios da sua fixação e elege o mais indicado:

a) Critério antigo, fundado em lógica matemática, propõe a média entre o mínimo e máximo da pena cominada; b) critério moderno, fundado em razões humanitárias, propõe a pena mínima. A escolha é simples: se o critério antigo determina pena maior e, inversamente, o critério moderno determina pena menor, então o argumento humanitário prevalece sobre o argumento matemático – outra atitude viola o princípio da culpabilidade, que proíbe aplicação ou agravação de penas sem fundamento empírico concreto. Conclusão: o ponto de partida para a fixação da pena-base deve ser o mínimo legal da pena cominada, conforme democrática prática judicial contemporânea.

O critério apontado pelo doutrinador como o mais recomendado é o adotado pela imensa maioria da doutrina e da jurisprudência pátria, que fixa a reprimenda acima do mínimo legal apenas em casos de valoração negativa de alguma circunstância.

Partindo-se do *quantum* de pena mínimo estabelecido para o tipo penal, o sentenciante passa a analisar cada uma das circunstâncias mencionadas, exasperando ou minorando a pena, segundo a já pacificada jurisprudência, na fração de 1/6 (um sexto) da pena para cada circunstância valorada positiva ou negativamente.

Cezar Roberto Bittencourt (2013, p. 768), ao analisar o tema, explica:

Não se pode esquecer que os moduladores do art. 59 do CP, todos, constituem apenas — como afirmava Salgado Martins — uma diretriz, traçam um roteiro, fixam critérios de orientação, indicam o caminho a ser seguido na adequação da pena ao fato e ao delinquente. Os elementos constantes no art. 59 são denominados *circunstâncias judiciais*, porque a lei não os define e deixa a cargo do julgador a função de identificá-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente. Não são efetivas “circunstâncias do crime”, mas critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base.

Introduzida a mecânica da primeira fase da dosimetria, cumpre conceituar as circunstâncias do agente, do crime e da vítima sopesadas no momento da fixação da pena-base:

a) Culpabilidade

Inicialmente, insta diferenciar a culpabilidade instituída no artigo 59, objeto de estudo deste capítulo, da culpabilidade integrante do conceito de crime.

Crime é toda conduta típica (descrita em lei), antijurídica (quando não há excludente de ilicitude) e culpável, praticada com dolo ou culpa por um agente imputável.

Assim, a culpabilidade como elemento do crime diz respeito a um juízo de censura voltado ao fato criminoso, realizado por um indivíduo imputável, agindo com consciência potencial de ilicitude e com possibilidade e exigibilidade de atuar conforme a lei determinar. Ausente algum dos elementos – imputabilidade, consciência potencial de ilicitude ou exigibilidade de atuação – não há crime, ainda que a conduta seja típica e antijurídica (NUCCI, 2014, pp. 50-52).

Já a culpabilidade analisada na primeira fase da dosimetria diz respeito, basicamente, ao grau de censura que a conduta praticada merece, isto é, ao juízo de reprovação da conduta.

Introduzida pela reforma penal de 1984, em substituição ao critério de intensidade do dolo ou grau de culpa, a culpabilidade é a circunstância que afere o maior ou menor índice de reprovabilidade da conduta, não só em razão das suas condições pessoais, mas também em

vista da situação de fato em que ocorreu o crime, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente (DELMANTO, 2011, p. 273).

Na verdade, a referida circunstância sofre diversas críticas na doutrina pátria. Cleber Masson (2012, p. 636) e Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 161), por exemplo, entendem que o legislador atuou em equívoco ao ter relacionado a culpabilidade como circunstância judicial, uma vez que todos os envolvidos em uma infração penal, desde que culpáveis, devem ser punidos. Segundo os autores, a expressão correta deveria ser “grau de culpabilidade” uma vez que a culpabilidade é o conjunto de todas as demais circunstâncias judiciais unidas, antecedentes + conduta social + personalidade do agente + motivos do crime + circunstâncias do delito + consequências do crime + comportamento da vítima = culpabilidade maior ou menor.

Já Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 545 e 739), também se filiam à corrente de Masson e Nucci no que se refere ao “grau de culpabilidade”. No entanto, os autores apontam que as circunstâncias baseadas em características do autor, ou a culpabilidade do autor, não condizem com o Direito Penal Constitucional, ou Direito Penal do ato, eis que ao punir mais acentuadamente o agente por conta de sua conduta social, personalidade ou antecedentes, está-se punindo o indivíduo pelo o que é, e não pelo o que fez.

b) Antecedentes

Circunstância judicial que avalia a vida pregressa do réu na seara penal. Diz respeito a todos os fatos e acontecimentos que envolvam o passado criminal do acusado, sejam eles bons ou ruins. A prática forense, entretanto, permite-nos afirmar que os antecedentes, na imensa maioria dos casos, só influenciam na pena-base quando valorados negativamente.

Até alguns anos atrás, era comum que juízes Brasil afora utilizassem, como material de aferição dos antecedentes do acusado, todo e qualquer indício sobre a vida pregressa do acusado.

A partir de 2010, no entanto, foi publicada a Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, que, com fulcro no princípio da presunção de inocência, institui a vedação de utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base, restando, portanto, apenas as condenações com trânsito em julgado como elemento fidedigno para agravamento da reprimenda na etapa inicial da dosimetria.

Os maus antecedentes não se confundem, todavia, com a reincidência. A reincidência, definida nos artigos 63 e 64 do Código Penal⁶, é verificada quando o agente comete novo crime, após trânsito em julgado de sentença condenatória, no Brasil ou no estrangeiro, sendo que só prevalece a condenação, a título de reincidência, caso entre a data do cumprimento ou extinção da pena e da infração posterior tiver decorrido menos de cinco anos.

Os antecedentes, por outro lado, agravam a pena posterior do condenado seja qual for o intervalo de tempo entre a condenação e o cumprimento ou extinção da pena.

Neste sentido, cumpre registrar que o Superior Tribunal de Justiça entende como legal a sentença que, em casos de múltiplas condenações, utiliza uma delas para agravar a pena em razão da reincidência e as demais para majorar por conta dos maus antecedentes:

EMENTA: HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2.º. I E IV, C.C. ART. 29, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL E ART. 14 DA LEI N.º 6.368/76, C.C. ART. 69 DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. MAIS DE UMA CONDENAÇÃO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável seu conhecimento.
2. Não há falar em bis in idem, diante da consideração negativa dos antecedentes, bem como pela aplicação da agravante da reincidência, se existe mais de uma condenação com trânsito em julgado.
3. Habeas corpus não conhecido (STJ, *Habeas Corpus* n. 304903, de São Paulo, Sexta Turma. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 05/05/2015).

c) Conduta Social

A conduta social do acusado, mais uma circunstância judicial baseada em características do autor, refere-se ao seu comportamento perante a sociedade. Verifica-se, neste ponto, o seu relacionamento com vizinhos, familiares, colegas de trabalho e conviventes, além do seu temperamento (DELMANTO, 2011, p. 188).

⁶ Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (BRASIL, 1940).

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos (BRASIL, 1940).

Registra-se que a conduta social não se confunde com os antecedentes criminais, como comumente abordado na jurisprudência. A análise do passado criminal do réu pode ser feita apenas quando do aferimento de seus antecedentes ou na segunda fase, em relação à reincidência. Neste vértice, é equivocada a sentença que considera uma condenação pretérita como maus antecedentes e outra como sinal de má conduta social.

Cumprir salientar, ainda, que a conduta social, assim como as demais características relacionadas ao agente, são consideradas, na imensa maioria dos casos, apenas quando negativas, a fim de exasperar a pena do acusado. É raríssimo encontrar situação em que o magistrado, ao se deparar com um acusado com conduta social exemplar, minore a sua pena, ou lhe aplique regime inicial de cumprimento de pena mais brando, o que infringe o princípio da individualização da pena, além de fomentar o Direito Penal do autor, prática já abordada e criticada neste trabalho.

d) Personalidade do agente

A última das circunstâncias judiciais relacionadas ao autor diz respeito ao seu perfil subjetivo, nos aspectos morais e psicológicos, pelo qual é inferido se há ou não o caráter voltado à prática de delitos (MASSON, 2012, p. 638).

Ao debruçar-se sobre o tema, José Antônio Paganella Boschi explicita a impossibilidade de um juiz de direito analisar a personalidade de uma pessoa (2013, pp. 172-173):

Duvida-se, pois, da própria possibilidade de conhecimento da personalidade, porque, afora a inexistência de um padrão para comparações, se reconhece que ela é dinâmica, que nasce e se constrói, permanentemente, com o indivíduo, sempre à mercê dos estímulos e dos traumas de toda ordem.

Como poderia então um juiz anunciar a personalidade do réu com base nos escassos elementos informativos que os autos de um processo fornecem aos operadores do direito penal?

A falta do padrão comparativo, o contínuo devenir da personalidade e a rotina de psicólogos e psiquiatras em formular diagnósticos com base na maior ou menor *adaptação da pessoa ao seu ambiente social* também sugerem a impossibilidade das ciências *psiatenderem* aos pedidos de socorro formulados pelo direito penal... parecendo-nos temerária, *venia concessa*, a conclusão de Nucci, de que o juiz conseguiria descobrir tudo sozinho, por possuir um “natural bom senso”, aliás, qualidade de duvidosa demonstração empírica ou científica.

Salo e Amilton Bueno de Carvalho chamam a atenção para todos esses aspectos e insistem que, sem a anterior demonstração da base conceitual e metodológica em que se apoia o investigador, critérios e passos seguidos, não há a mínima condição para o estabelecimento seguro de juízos afirmativos ou negativos de personalidade.

Expostos os conceitos das circunstâncias judiciais relacionadas ao agente, faz-se imperiosa a abertura de parênteses em relação à sua aplicação e (in)constitucionalidade, sob o ponto de vista garantista, no nosso ordenamento.

É cediço que no sistema jurídico brasileiro o julgamento é feito, ou ao menos deveria, em relação à conduta perpetrada, e não à pessoa do réu. No entanto, conforme exposto até aqui, o Código Penal ostenta, em seu artigo 59, diversas circunstâncias que, durante a fixação da pena-base, permitem a avaliação de características intrínsecas ao indivíduo, como sua personalidade, sua conduta social e suas ações criminais pretéritas, desfilando julgamentos morais em que, por vezes, presumem-se conceitos como “periculosidade”, “tendência em praticar delitos”, “desprendimento dos valores morais”, entre outros absurdos jurídicos que nada tem relação com a ação praticada.

Ao abordar a temática, Salo de Carvalho (2013, pp. 249-250) faz duras críticas ao modelo vigente de análise da culpabilidade sob o prisma do autor:

Um dos principais sintomas diagnosticados pela teoria crítica do direito penal, e que conduz à verificação da constante crise da culpabilidade, é a ininterrupta reinvenção de práticas fundadas na culpabilidade de autor (direito penal do autor), inclusive nos sistemas normativos delineados por uma concepção de culpabilidade do fato (direito penal do fato).

[...]

Ocorre que, se a ideia de culpabilidade no Estado democrático de direito se vincula a uma forma de responsabilização do sujeito imputável pela prática de uma conduta lesiva, seria inexoravelmente ilegítima qualquer espécie de juízo de censura moral. Todavia, apesar dos limites traçados pela estrutura constitucional, o juízo de culpabilidade, no atuar cotidiano dos atores do sistema penal, não raras vezes ingressa na esfera do íntimo como juízo de reprovação e, no limite da patologia, opera como instrumento de valoração do caráter e/ou da periculosidade do autor do fato. E esta tendência inquisitória de julgar moralmente o autor do fato, e não normativamente o fato do autor, ganha especial relevo no direito penal brasileiro no momento da aplicação da pena.

Na verdade, como bem fundamenta Carvalho, as circunstâncias em comento, sob o ponto de vista garantista e de proteção do indivíduo ante o gigantismo estatal, são inconstitucionais, por violação de princípios como dignidade da pessoa humana, culpabilidade, do direito penal do fato, secularização, etc.

Sobre o tema, cumpre transcrever preciosas lições de Alexandre Morais da Rosa (2004, pp. 357-358):

as ‘circunstâncias judiciais’ previstas no art. 59, do Código Penal, culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e as circunstâncias e conseqüências do crime, precisam ser analisadas mais detidamente, uma vez que a ‘plethora de significantes’ é utilizada de maneira anti-garantista, desprezando-se o processo de secularização da sociedade contemporânea. De sorte que o julgamento,

bom se lembrar, é da conduta e não da pessoa do acusado que, todavia, na fase de aplicação da pena é esquecido em nome da ‘Defesa Social’, pois como afirma Carvalho, em obra pioneira, “no momento da sentença penal condenatória, o sistema revela toda sua perversidade e ao admitir o emprego de elementos essencialmente morais, desprovidos de significado com averiguação probatória.” Neste pensar, Andrade possui razão ao argumentar que tudo já se encontra em frases feitas repassadas nos ‘cursinhos para concurso’, depois utilizadas na prática forense, sem qualquer reflexão crítica, tornando as decisões absolutamente nulas num ‘Estado Democrático de Direito’.

e) Motivos

Passando às circunstâncias atinentes aos fatos, têm-se os motivos do crime, que se relacionam com os fatores que levam o agente a praticá-lo e se diferenciam de dolo ou culpa, nas palavras de Cleber Masson (2012, p. 638), uma vez que: “aqueles (motivos) são dinâmicos, mutáveis, desvinculados do tipo penal e revelam os desejos do agente”. Assim, os motivos do crime envolvem sentimentos ou acontecimentos relacionados ao indivíduo que o motivam: egoísmo, vingança, cobiça, ganância, ciúme, etc.

Por fim, é importante ressaltar que os motivos somente são considerados no processo de fixação da pena-base quando não constarem como elementar do tipo penal incriminador ou não constituírem agravante, atenuante, qualificadora ou causa de aumento ou diminuição de pena, a fim de se evitar o *bis in idem*.

f) Circunstâncias do crime

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 417), as circunstâncias do crime “são os elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo, embora envolvendo o delito”. Podem envolver o modo de execução do crime, os instrumentos utilizados, o relacionamento entre agente e vítima, as condições de tempo e o local em que ocorreu o delito.

Aferidas somente para majorar a reprimenda, tendo em vista que as circunstâncias valoradas positivamente devem ser aceitas como atenuantes genéricas inominadas, conforme preceitua o artigo 66 do Código Penal (MASSON, 2012, p. 638).

Da mesma forma que os motivos, as circunstâncias não influenciam na estipulação da pena-base quando constituírem circunstância elementar do delito, qualificadora, agravante, atenuante ou causa de aumento ou diminuição de pena, com a finalidade de se evitar a infração do princípio do *non bis in idem*.

g) Consequências do crime

São os resultados gerados por conta do cometimento do delito. Na aplicação da pena, as consequências que podem ser valoradas negativamente a título de exasperação da pena-base são as que extrapolam o previsto no tipo penal, isto é, aquelas que não estão intrínsecas ao cometimento do delito.

No crime de homicídio, por exemplo, não se pode majorar a pena-base do réu em razão da morte da vítima, uma vez que esta consequência já está prevista no tipo penal. Por outro lado, é hígida a sentença que acresce a pena por conta das consequências do crime em casos em que a vítima de crimes sexuais, por exemplo, necessita de permanente tratamento psiquiátrico ou se muda de cidade por conta do trauma gerado pelo delito.

Ao se debruçar sobre a matéria, Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 318) ensina:

As consequências do fato designam outros resultados de natureza pessoal, afetiva, moral, social, econômica ou política, produzidos pelo crime, dotados de significação para o juízo de reprovação, mas inconfundíveis com o resultado do próprio tipo de injusto: o efeito de nória da vítima em crimes patrimoniais, o sofrimento material e moral da vítima ou de seus dependentes em crimes violentos, a extensão social dos danos pessoais ou patrimoniais da criminalidade estrutural ou sistêmica, etc.

h) Comportamento da vítima

A única circunstância relacionada ao ofendido diz respeito à influência que este exerce sobre o agente a ponto de provocar-lhe a vontade de praticar o crime, ou seja, como o modo de agir da vítima colabora para motivar o crime.

Exerce influência na aplicação da reprimenda apenas nos casos em que a vítima contribui para que o delito aconteça, não servindo como fundamento para majorar a pena do acusado na hipótese em que o ofendido não contribui para que o crime ocorra.

Ao comentar a temática, Juliana Colle⁷ explica que o comportamento da vítima é valorado na primeira fase da dosimetria:

quando a vítima instiga, provoca, desafia ou facilita a conduta delitiva do agente, diz-se, portanto, que a oitava circunstância judicial está favorável ao réu. Nesses casos, a vítima teve participação efetiva na culpabilidade do autor, posto que enfraqueceu a sua determinação de agir conforme o Direito. Logo, por

⁷ COLLE, Juliana de Andrade. **Critérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) na dosimetria da pena.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 572, 30 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6232>>. Acesso em: 22 out. 2015.

consequência, merece o agente uma censura mais branda do que a que lhe caberia nos casos de ausência total de provocação da vítima.

José Antônio Boschi (2013, p. 177), em análise à circunstância judicial, exemplifica uma hipótese para a sua consideração e alerta para o risco do seu mal uso na aplicação da pena:

Quem, certa hora da noite, em local de pouca movimentação de pedestres e frequentado por ladrões habituais, consciente dessa situação, tira, repetidamente do bolso, conta e guarda um maço de dinheiro, provavelmente será assaltado por estar criando um “ambiente” favorável para o assalto.

É claro, como bem lembra Fernando Galvão, que o objetivo da novel circunstância não é, propriamente, reprovar o comportamento da vítima: “Todos os indivíduos são livres para desenvolver suas potencialidades, bem como para fazer, nos limites da lei, qualquer uso de seus bens patrimoniais. Juridicamente, não se pode reprovar a conduta do proprietário que deixa a porta de sua casa aberta”.

O proprietário da casa tem o direito de viajar sem baixar as persianas e nada proíbe que o endinheirado conte as cédulas em lugar inseguro por deficiência ou ausência do controle estatal, embora sabendo ambos que, com as suas condutas, deliberadamente ou não, estarão se colocando em situações de perigo.

2.2.2 Segunda fase: agravantes e atenuantes

Ultrapassada a fase inicial da dosimetria e fixada a pena-base, seguindo os ditames estabelecidos pelo artigo 68 da Lei Penal Substantiva, o julgador inicia a segunda fase da dosimetria, com a aferição das circunstâncias agravantes e atenuantes, previstas nos artigos 61 e 62⁸ e 65 e 66⁹, respectivamente, do Código Penal.

⁸ Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada (BRASIL, 1940).

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage ou induz outrem à execução material do crime;

Tais circunstâncias possuem duas características fundamentais: são genéricas, ou seja, aplicáveis a qualquer fato criminoso, e obrigatórias, uma vez que devem atenuar ou agravar a pena, salvo quando constituírem elementares do crime, qualificadoras ou causas de aumento ou diminuição de pena, a fim de evitar a infração ao princípio do *ne bis in idem* (SANTOS, 2012, p. 320).

Além de genéricas e obrigatórias, as agravantes são ainda taxativas, isto é, seguem o princípio da legalidade (artigo 1º do Código Penal e artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República) e só podem ser aplicadas quando expressamente dispostas em lei, por ser vedada a analogia *in malam partem*.

As atenuantes, por outro lado, fazem parte de um rol exemplificativo, haja vista que, mesmo não sendo necessário, tendo em conta que se admite a analogia quando em benefício do réu, a Lei Penal Substantiva prevê em seu artigo 66 a possibilidade do magistrado promover a atenuação da pena em razão de circunstância não prevista em lei, desde que relevante (BOSCHI, 2013, p. 201).

No entanto, excepcionando a característica de generalidade das agravantes, conforme dispõe Nucci (2015, p. 443), estão os crimes culposos, sob os quais só recai a agravante da reincidência (artigo 61, inciso I, do Código Penal). Apesar de existirem controvérsias¹⁰, a imensa maioria da doutrina e da jurisprudência entende que as demais circunstâncias só encontram cenário propício de aplicação quando se tratar de crimes dolosos,

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa (BRASIL, 1940).

⁹ 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 conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou (BRASIL, 1940).

Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei (BRASIL, 1940).

¹⁰ “Não obstante a corrente afirmação apodíctica em contrário, além da reincidência, outras circunstâncias agravantes podem incidir na hipótese de crime culposo: assim, as atinentes ao motivo, quando referidas à valoração da conduta, a qual, também nos delitos culposos, é voluntária, independentemente da não voluntariedade do resultado: admissibilidade, no caso, da afirmação do motivo torpe – a obtenção do lucro fácil –, que, segundo o acórdão condenatório, teria induzido os agentes ao comportamento imprudente e negligente de que resultou o sinistro” (STF, *Habeas Corpus* n. 70362-3, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 05/10/1993).

uma vez que o resultado do crime culposos é involuntário e por isso absolutamente incompatível com quaisquer agravantes objetivas.

Por outro lado, excepcionando o caráter obrigatório das circunstâncias atenuantes, destaca-se que, apesar do artigo 65 utilizar a expressão “sempre atenuam a pena”, essas devem respeitar os limites mínimo da pena em abstrato. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou em 1999 a Súmula 231, que prevê que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”, valendo, por óbvio, o mesmo para as circunstâncias agravantes, ainda que não haja súmula sobre o assunto.

Neste ponto, é salutar que se abra os olhos para inconstitucionalidade da referida Súmula, conforme expõe brilhantemente Juarez Cirino dos Santos (2012, pp. 339-340):

A dogmática penal e a jurisprudência dos tribunais têm a seguinte posição sobre limites de agravação e de atenuação: as circunstâncias legais, agravantes ou atenuantes, não podem exceder os limites máximos e mínimos da pena cominada ao tipo legal. Essa posição precisa ser revista.

1. O limite de agravação da pena por circunstâncias legais é incontroverso: o princípio da legalidade proíbe que as circunstâncias agravantes excedam o limite máximo da pena cominada no tipo legal;

2. O limite de atenuação da pena por circunstâncias legais é controvertido: a) a posição dominante na literatura e na jurisprudência brasileira (condensada em Súmula do STJ) adota como limite de atenuação da pena o mínimo legal da pena cominada; b) crescente posição minoritária admite atenuação da pena abaixo do mínimo da pena cominada, por duas razões: primeiro, não existe nenhuma proibição legal contra atenuar a pena abaixo do mínimo legal, porque o princípio da legalidade garante a liberdade do indivíduo contra o poder punitivo do Estado - e não o poder punitivo do Estado contra a liberdade do indivíduo; segundo, o critério dominante infringe o princípio da igualdade legal (no concurso de pessoas, o corréu menor de 21 anos é prejudicado pela fixação da pena no mínimo legal, com base nas circunstâncias judiciais), porque direitos definidos em lei não podem ser suprimidos por aplicação invertida do princípio da legalidade. Aliás, a proibição de reduzir a pena abaixo do mínimo cominado, na hipótese de circunstâncias atenuantes obrigatórias, constitui analogia em *malam partem*, fundada na proibição de circunstâncias agravantes excederem o limite máximo da pena cominada - precisamente aquele processo de integração do Direito Penal proibido pelo princípio da legalidade. Mais não é preciso dizer.

Em relação à sua mecânica de aplicação, urge ressaltar que, ainda que haja um dissídio na jurisprudência no tocante ao tema, em respeito ao princípio da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna) e da correlação entre a denúncia e a sentença, as circunstâncias agravantes devem vir descritas na denúncia, por versarem sobre matéria de fato (BOSCHI, 2013, p. 202).

No que tange à aplicação das circunstâncias agravantes nos crimes de competência do Tribunal do Júri, em função da alteração promovida pela Lei n. 11.689/08, o

artigo 492, inciso I, do Código de Processo Penal¹¹ passou a prever que cabe ao Juiz Presidente do Tribunal do Júri analisar a incidência de agravantes e atenuantes alegadas nos debates.

Anteriormente, o Códex, em seu artigo 484, parágrafo único, inciso III¹², revogado pela lei supramencionada, admitia a articulação de agravantes na exordial acusatória ou em plenário. Desse modo, o Presidente do Tribunal do Júri devia obrigatoriamente formular aos jurados quesitos específicos atinentes às agravantes, sendo-lhe defeso o reconhecimento destas sem resposta afirmativa dos jurados (BOSCHI, 2013, p. 202).

Detectadas as circunstâncias agravantes e atenuantes, tanto nos crimes de competência do Tribunal do Júri, quanto os crimes comuns, deve ser feita sua aplicação. Neste viés, embora não haja no Código previsão sobre o patamar de aumento e diminuição, a jurisprudência pacificou o entendimento de que a alteração da pena se dê na fração de 1/6 (um sexto), salvo em casos de concurso entre agravantes e atenuantes, como será visto a seguir.

Neste norte:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AGRAVAMENTO EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ORIENTAÇÃO DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA. 1/6. AUMENTO, NO CASO, ESTABELECIDO NA FRAÇÃO DE 1/5 SEM A DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO. 1. Por não haver o Código Penal estabelecido a quantidade de aumento das agravantes genéricas, a doutrina e a jurisprudência têm entendido, com certa uniformidade, que a elevação deve ser equivalente em até um sexto da pena-base. Precedentes que cancelaram a aplicação de fração superior a um sexto, vale registrar, levaram em consideração a existência de específica fundamentação lastreada nas especiais circunstâncias da causa penal. 2. No caso, o

¹¹ Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação:

a) fixará a pena-base; b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates; c) imporá os aumentos ou diminuições da pena, em atenção às causas admitidas pelo júri; d) observará as demais disposições do art. 387 deste Código; e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva; f) estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação; (BRASIL, 1941).

¹² Art. 484: Os quesitos serão formulados com observância das seguintes regras:

[...] Parágrafo único: Serão formulados quesitos relativamente às circunstâncias agravantes e atenuantes, previstas nos arts. 44, 45 e 48 do Código Penal, observado o seguinte:

I - Para cada circunstância agravante, articulada no libelo, o juiz formulará um quesito;

II - Se resultar dos debates o conhecimento da existência de alguma circunstância agravante, não articulada no libelo, o juiz, a requerimento do acusador, formulará quesito a elas relativo;

III - O juiz formulará, sempre, um quesito sobre a existência de circunstâncias atenuantes, ou alegadas;

IV - Se o júri afirmar a existência de circunstâncias atenuantes, o juiz o questionará a respeito das que lhe parecerem aplicáveis ao caso, fazendo escrever os quesitos respondidos afirmativamente, com as respectivas respostas (BRASIL, 1941).

magistrado exasperou a reprimenda, em razão da reincidência, exatamente na fração de 1/5, sem, contudo, apresentar motivação concreta. Há, portanto, ilegalidade a ser sanada na segunda etapa da dosimetria. 3. Recurso ordinário provido, em parte (Recurso em *Habeas Corpus* n. 127382, de Minas Gerais, Segunda Turma. Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 05/05/2015).

Por fim, ainda em relação à mecânica de aplicação das circunstâncias legais, o Código Penal trata, em seu artigo 67, da hipótese em que houver o concurso de agravantes e atenuantes, tema que será mais profundamente abordado no segundo capítulo deste trabalho.

2.2.3 Terceira fase: causas de aumento e diminuição de pena

Concluída a segunda etapa da aplicação da pena, passa-se à terceira e derradeira fase da dosimetria, em que é feita a análise das causas de aumento ou diminuição da reprimenda, as quais são divididas em causas gerais e especiais de aumento e diminuição.

As causas gerais, como o próprio nome já diz, estão previstas na parte geral do Código Penal e se aplicam à maioria dos crimes, como é o caso da tentativa, causa geral de diminuição de pena prevista no artigo 14, inciso II e § 2º, da Lei Penal Substantiva¹³, em que a pena é diminuída de um a dois terços, a depender do *iter criminis* percorrido.

Já as causas especiais estão definidas na parte especial do Códex ou na lei penal extravagante, como em crimes de tráfico de drogas em que o agente primário, de bons antecedentes e que não se dedica a atividades criminosas, nem a organização criminosa pode ter sua pena minorada de um sexto a dois terços, de acordo com as circunstâncias do caso concreto (artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06¹⁴).

Para serem reconhecidos, conforme prevê José Antônio Paganella Boschi (2013, p. 255), as minorantes e majorantes devem preencher dois requisitos básicos obrigatórios:

¹³ Art. 14 - Diz-se o crime:

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços (BRASIL, 1940).

¹⁴ Art. 33, § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (BRASIL, 2006).

O primeiro, especificamente relacionado às causas de aumento, consiste na prévia descrição da circunstância no corpo da denúncia, queixa-crime ou aditamento (artigos 41¹⁵ e 384¹⁶ da Lei Penal Adjetiva), quando da narração dos fatos, uma vez que é defeso ao juiz criminal sentenciar além dos limites da causa de pedir estabelecida pela acusação.

O segundo, extensivo às minorantes e majorantes, diz respeito à imprescindibilidade de prova sobre os fatos que a constituam, tendo em vista o velho brocardo de que “o que não está nos autos não está no mundo”.

Nesta etapa de aplicação da pena, diferente das duas primeiras, os patamares de aumento ou diminuição não ficam a cargo da discricionariedade do magistrado, mas são dispostos na lei, de forma fixa ou variável, valendo-se registrar que, nestes casos, a fixação do patamar de alteração impescinde de fundamentação idônea, conforme institui o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal (SANTOS, 2012, p. 343).

Além disso, ao contrário das circunstâncias judiciais e das agravantes e atenuantes genéricas, as causas de aumento e diminuição de pena podem levar a reprimenda acima do máximo e abaixo do mínimo previsto no tipo penal (NUCCI, 2015, p. 468).

A fixação da pena na etapa derradeira da dosimetria dá-se com a incidência das causas de aumento e diminuição sobre a sanção estabelecida na segunda fase, recaindo primeiramente as causas de diminuição e depois as de aumento (ainda que a inversão da ordem não gere prejuízo ao réu) umas sobre as outras, em efeito cascata, a fim de que se evite a pena zero (MASSON, 2012, p. 670).

Por fim, no caso de concurso entre as majorantes e minorantes, urge salientar a impossibilidade de compensação, conforme ensina José Antônio Paganella Boschi (2013, p. 259):

Diferentemente do que ocorre na segunda fase, outrossim, as causas especiais de aumento ou diminuição próprias da fase ora em exame não são compensáveis entre si.

A razão é facilmente perceptível.

É que o juiz precisará operar *dentro das margens* estabelecidas em lei para as majorantes e minorantes em quantidades variáveis para só então conhecer as

¹⁵ Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas (BRASIL, 1941).

¹⁶ Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente (BRASIL, 1941).

quantidades de pena privativa de liberdade que acrescentará ou retirará do resultado aritmético obtido na operação anterior. Sendo assim, não pode, no pórtico da terceira fase, compensar quantidades que desconhece.

Mas não é só.

Mesmo que as majorantes ou minorantes fossem *em quantidades fixas*, ainda assim a compensação seria vedada, porque acarretaria ao acusado prejuízos que o sistema de cálculo *por cascata* consegue evitar.

Já no caso de concurso de majorantes ou concurso de minorantes, de forma isolada, há três possibilidades: concurso entre causas gerais, entre causas especiais, e entre causas especiais e gerais de modificação da pena.

Todas as causas de aumento e de diminuição gerais são de aplicação obrigatória (NUCCI, 2015, p. 470), assim, quando houver duas causas de aumento ou duas causas de diminuição previstas na Parte Geral do Código Penal, o juiz deve aplicar as duas.

Do mesmo modo, quando houver uma causa geral e outra específica, tanto de aumento quanto de diminuição, o magistrado deverá levar em consideração a sua incidência.

No entanto, conforme dispõe o artigo 68, parágrafo único, do Código Repressivo¹⁷, em caso de concurso de causas de aumento ou de diminuição específicas, o magistrado poderá utilizar a causa que mais diminuir ou que mais aumentar a pena (MASSON, 2012, p. 671).

Apresentados os aspectos gerais da dosimetria da pena e a forma com que incidem suas circunstâncias modificativas, analisar-se-á, em sequência, o cerne do presente trabalho: o concurso entre as atenuantes e agravantes na aplicação da reprimenda, especialmente a reincidência e a confissão espontânea, e a compensação de circunstâncias.

¹⁷ Art. 68, parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua (BRASIL, 1940).

3 REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA: CONCEITOS E CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS

3.1 Confissão espontânea

3.1.1 Conceito

A confissão espontânea, prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, constitui circunstância atenuante posterior ao cometimento do delito, isto é, não se relaciona com a conduta em si, mas sim com acontecimentos posteriores a esta e é conceituada como a admissão de responsabilidade pelo fato criminoso apurado, aceitação de suas consequências jurídicas e, eventualmente, arrependimento.

No processo penal, a confissão é, antes de mais nada, elemento de prova e assim deve ser examinada. Isso porque, antes de ser tida como circunstância atenuante da pena, deve, por óbvio, constituir uma condenação (não se considera atenuante em caso de absolvição), além de ter sua validade verificada pelo magistrado no momento da produção da prova, uma vez que uma confissão viciada, obtida por meio de tortura, por exemplo, não pode servir como prova, nem mesmo como atenuante.

Historicamente, a confissão sempre teve papel destacado na forma de convencimento do juiz. No Século XIII, época da Inquisição promovida pela Igreja Católica, com a intenção de localizar, processar e julgar pessoas acusadas de heresia, era comum a prática de tortura para obter a confissão, quando não havia certeza sobre a culpabilidade do acusado, mas sendo provável que este fosse o responsável pelo crime, o Tribunal podia recomendar a tortura para alcançar a confissão. Nestes casos, a confissão era tida como verdade absoluta, independentemente da forma com que foi obtida e se verdadeira (BAIGENT E LEIGH, 2001, p. 51).

José Antônio Paganella Boschi (2012, p. 230), ao abordar esta historicidade, ensina:

No clássico livro *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, entregue ao público em 1834, Mittermaier, lente da Universidade de Heidelberg, bem interpretando o

sentimento, sempre atual, já afirmava que o povo “nunca se convence melhor da culpabilidade de um acusado de que quando sabe que fizesse a este uma confissão completa”.

Essa percepção foi levada ao extremo dos extremos pelos Dominicanos que atuavam como acusadores nos Tribunais da Inquisição. A confissão era a *meta optata* e, para obtê-la, podiam torturar os acusados de crimes de heresia, tanto que a Idade Média registra o maior genocídio contra as mulheres de que se tem notícia, todas mortas nas fogueiras sob acusação de pacto com o diabo e práticas de bruxaria.

Para justificar o emprego da tortura, Heinrich Kramer e James Sprenger, dois inquisidores nomeados pelo Papa Inocência VIII, diziam que a feitiçaria era uma “alta traição contra a Majestade de Deus” e, por isso, qualquer pessoa, de qualquer classe, posição ou condição social, sob acusação dessa natureza, podia ser submetida à tortura, e a que fosse considerada culpada, mesmo tendo confessado o seu crime, haveria de ser supliciada, haveria de sofrer todas as outras torturas prescritas pela lei, a fim de que fosse punida na proporção de suas ofensas.

Em razão da influência da religião católica, a confissão no processo penal carregou durante muito tempo a alcunha de rainha das provas. No entanto, com o passar dos anos e com o abandono do sistema tarifário de provas, a confissão passou a ser relativizada, e hoje não serve mais como meio probatório absoluto, necessitando de outros elementos confirmatórios para sustentar uma condenação penal, conforme o artigo 197 do Código de Processo Penal¹⁸.

Para fins de atenuação da pena, a Lei Penal Substantiva, em seu artigo 65, inciso III, alínea ‘d’, exige apenas dois requisitos da confissão, que seja espontânea e prestada perante a autoridade, seja ela judicial, policial ou representante do Ministério Público, desde que reduzida a termo (SANTOS, 2012, p. 339).

Apesar de já ter passado mais de um século desde a declaração de laicidade do Estado Brasileiro, a admissão da confissão no processo penal guardou até recentemente resquícios eclesiais do confissão-perdão-penitência, uma vez que para fins de atenuação da pena, era tida como espontânea apenas a confissão realizada sem nenhuma circunstância que a provocasse (BOSCHI, 2012, p. 231).

O entendimento se modificou e a confissão espontânea hoje é fundada em decisão autônoma do autor, independente da natureza da motivação (egoísmo, altruísmo, nobreza, etc), ainda que sejam excluídas determinações heterônomas, como confissões obtidas por pressão, ou em face de provas irrefutáveis, não valendo esta última para prisão em flagrante (SANTOS, 2012, p. 339).

¹⁸ 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 estas existe compatibilidade ou concordância.

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci (1999, pp. 156-160) ainda menciona que além dos requisitos previstos supracitados, a lei e a doutrina exigem o cumprimento de outras condições para caracterização da confissão, como a expressividade e a imputabilidade do agente.

O artigo 286, parágrafo único, do Código de Processo Penal prevê que o silêncio não importará em confissão, nem será interpretado em prejuízo da defesa, assim, a confissão deve ser expressa, isto é, voluntariamente produzida por palavras ou escritos, haja vista que no processo penal não se admite a confissão ficta, como é feito no processo civil. Além disso, a confissão só é válida quando prestada por indivíduo imputável, tendo em vista que a enfermidade mental pode atuar como fator determinante na narração do réu, além de poder afetar a sua percepção da realidade.

Nesta toada, cumpre expor as classificações doutrinárias para a confissão:

3.1.2 Classificação

a) Confissão judicial

Trata-se de confissão prestada ao juiz competente para julgar a ação penal que apura o fato, respeitando os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Assim, a confissão judicial não é somente aquela prestada em juízo, tendo em vista que declarações feitas em processos cíveis ou trabalhistas não são tidas como confissão, apenas prova emprestada (ARANHA, 2006, p. 117).

No processo penal brasileiro, o momento propício para apresentação da confissão é o interrogatório, último estágio para produção da prova. No entanto, o Código de Processo Penal dispõe, em seu artigo 199, que a confissão poderá ser feita posteriormente, fora do interrogatório, desde que reduzida a termo e respeitados os ditames do artigo 195¹⁹ do mesmo diploma.

b) Confissão extrajudicial

¹⁹ Art. 195. Se o interrogado não souber escrever, não puder ou não quiser assinar, tal fato será consignado no termo (BRASIL, 1941).

O conceito de confissão extrajudicial é residual, isto é, configura-se como toda aquela que não é judicial. Assim, são extrajudiciais as confissões prestadas ao delegado de polícia, ao parlamentar presidente de Comissão Parlamentar de Inquérito ou a funcionário público que conduz sindicância ou processo administrativo.

Urge salientar que a narrativa feita à testemunha não pode ser considerada confissão, por respeito ao previsto no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, o qual exige que a confissão seja prestada perante autoridade. Do mesmo modo, não é cabível falar em confissão extrajudicial quando o indivíduo admite a prática do delito através de algum escrito, por se tratar de prova documental (NUCCI, 1999, pp. 89-90).

c) Confissão parcial

Caso em que o acusado confessa ter concorrido para a prática do delito, mas não engloba todos os elementos constitutivos do crime, como qualificadoras e causas de aumento de pena (MASSON, 2012, p. 666). Nesta conjuntura a pena será sempre atenuada (FRAGOSO, 2006, p. 437).

d) Confissão simples

Situação em que o réu, pura e simplesmente, reconhece a prática do delito, ciente das consequências jurídicas, sem qualquer acréscimo.

e) Confissão qualificada

Hipótese em que o acusado admite a autoria delitiva, mas apresenta à confissão elementos defensivos discriminantes ou exculpantes, excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, como a legítima defesa ou coação moral irresistível.

3.1.3 Aplicação

Na doutrina, autores divergem quanto ao reconhecimento da confissão qualificada como atenuante na aplicação da pena. Heleno Cláudio Fragoso (2006, p. 437) e Celso

Delmanto (2011, p. 303), posicionam-se favoráveis ao reconhecimento. Já Fernando Capez (2015, p. 494) e Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 255) opinam que o fato de tentar se eximir das consequências penais afasta a aplicação da atenuante, uma vez que o acusado não estaria colaborando com a justiça, mas agindo em exercício da livre defesa.

Até recentemente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também se dividia quanto à admissão da confissão qualificada como circunstância apta a reduzir a pena, dissídio solucionado pela recente Súmula 545, que institui: “Quando a confissão for utilizada para formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal”.

Assim, ainda que a confissão seja qualificada, parcial ou extrajudicial - espécies que geravam polêmica quanto às suas aplicações -, deverá reduzir a pena do condenado caso influencie no convencimento do magistrado.

Insta consignar que, além de esclarecer o ponto sobre a aplicação da confissão, o referido enunciado revoga tacitamente a, já mencionada e combatida neste trabalho, Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, que vedava a redução da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria.

A revogação se dá, analogicamente, pelo critério temporal de resolução de conflitos entre leis, neste caso entre súmulas. Se enunciado anterior dispunha que circunstância atenuante não tinha o condão de reduzir a pena abaixo do mínimo legal e nova súmula prevê que o réu fará jus à redução sempre que sua confissão servir para a formação do convencimento do juiz, deve o mais recente prevalecer²⁰.

Ainda em relação à classificação da confissão, o Código de Processo Penal, em seu artigo 200, dispõe que a confissão é divisível e retratável. Neste vértice, segundo Cleber Masson (2012, p. 666), a confissão é tida como parcial quando a admissão de responsabilidade por parte do acusado não engloba todos os elementos do crime, como as qualificadoras, causas de aumento de pena, circunstâncias do crime, etc.

Nestes casos, ainda que se trate de confissão parcial, a pena deve ser sempre reduzida, especialmente se utilizada como fundamento da condenação, desde que seja espontânea e prestada perante autoridade (FRAGOSO, 2006, p. 437).

A retratação, por sua vez, é um direito fundamental do acusado, calcado na ampla defesa, e ocorre em casos em que o agente confessa o crime em alguma fase do processo, ou

²⁰ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O novo enunciado da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e aplicação da pena.** Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/o-novo-enunciado-da-sumula-do-superior-tribunal-de-justica-e-a-aplicacao-da-pena-por-romulo-de-andrade-moreira/>>. 25 de outubro de 2015. Acesso em 31 out. 2015.

antes dele, mas altera sua versão posteriormente (o que pode ser feito a qualquer momento da fase judicial), retirando o que disse. Nestas hipóteses, a confissão não pode ser utilizada como fundamentação para condenação, razão pela qual também não é concebida como atenuante na aplicação da pena (NUCCI, 1999, p.130).

Por fim, com a devida vênia aos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários de que a confissão qualificada, parcial ou extrajudicial, não merece ser considerada na aplicação da pena, posiciono-me a favor da sua total aplicação em qualquer dos casos, mesmo que não tenha servido como base para condenação, com fundamento no princípio da legalidade estrita, uma vez que o artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal dispõe que a confissão espontânea perante autoridade SEMPRE atenua a pena, e não quando for judicial, ou quando for total, etc.

Neste mesmo norte vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça quanto ao reconhecimento da confissão qualificada como atenuante:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. QUEBRA DE SIGILO FISCAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

1. Os dados obtidos mediante quebra de sigilo fiscal não foram utilizados como o fundamento exclusivo para a procedência da pretensão acusatória, servindo como reforço de argumentação para afastar a tese defensiva de que o agravante teria atuado amparado pela causa supralegal de exclusão da culpabilidade relativa à inexigibilidade de conduta diversa.

2. Foram declinados argumentos independentes para afastar a mencionada dirimente, como a não comprovação da suscitada dificuldade financeira ou ainda o fato de a ausência de repasse das contribuições ter perdurado por muitos meses.

3. Assim, ausente o prejuízo na consideração das declarações de imposto de renda do agravante, não há que se pronunciar a defendida nulidade decorrente da ausência de fundamentação suficiente da decisão judicial que autorizou a quebra do sigilo.

4. Conforme orientação jurisprudencial atual, o reconhecimento de mácula que implique a anulação de ato processual exige a demonstração do prejuízo mesmo quando se tratar de nulidade absoluta. Precedentes.

DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO EM RAZÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTOS CONCRETOS. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE.

1. A ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribui pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade vinculada.

2. O Tribunal a quo fixou a pena-base em 1 ano e 1 mês acima do mínimo legal diante da desfavorabilidade dos antecedentes, das consequências e da culpabilidade do agravante.

3. Logo, valendo-se de motivação concreta e dentro do critério de discricionariedade juridicamente vinculada, não se verifica a afronta ao art. 59 do Código Penal ou desproporcionalidade na fixação da pena básica. 4. A jurisprudência do STJ admite que mesmo a confissão dita qualificada enseje a aplicação da atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal.

5. Agravo regimental provido em parte somente para adequar a reprimenda do agravante em virtude da aplicação da atenuante da confissão espontânea (STJ,

Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.198.354, do Espírito Santo, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta turma, julgado em 16/10/2014).

Ademais, não soa razoável, conforme o princípio da individualização da pena, que o acusado que, mesmo dispondo da faculdade de permanecer em silêncio ou até mesmo de mentir, imputa a si mesmo a prática do crime em seu interrogatório, mesmo que de forma qualificada, extrajudicial ou parcial, receba a mesma pena que aquele que não o faz.

3.2 Reincidência

3.2.1 Conceito

Para efeitos penais, a reincidência é conceituada pelo artigo 63²¹ do Código Penal como prática de novo crime depois do trânsito em julgado de sentença criminal condenatória anterior. Deste modo, o instituto pressupõe a) condenação por crime anterior, b) com trânsito em julgado, isto é, imutável por esgotamento ou preclusão de recursos, e c) prática de novo crime (SANTOS, 2012, p. 321), desde que entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a nova condenação não ultrapasse cinco anos, conforme o artigo 64, inciso I, do mesmo diploma legal²².

Admite-se, ainda, porquanto previsto expressamente no artigo 7º da Lei de Contravenções Penais²³, a reincidência em relação à contravenção penal, desde que respeitado o seguinte quadro: a) crime (antes) – contravenção (depois), b) contravenção (antes) – contravenção (depois). Inadmitindo-se, portanto, por ausência de previsão legal, o binômio contravenção (antes) – crime (depois) a título de reincidência (NUCCI, 2015, p. 453).

²¹ Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (BRASIL, 1940).

²² Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (BRASIL, 1940).

²³ Art. 7º, LCP - Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção (BRASIL, 1941).

A reincidência, no entanto, conforme prevê o artigo 64, inciso II, do Código Penal, não é admitida em casos em que o crime anterior seja político ou militar. No caso dos crimes militares, exige-se que estes sejam próprios, isto é, crimes que só podem ser cometidos por militares, que só estão previstos no Código Penal Militar. Já no caso dos crimes políticos, é requisito que estes sejam crimes puramente políticos, que atentem exclusivamente contra interesses políticos da nação (FRAGOSO, 2006, p. 421).

Em nosso ordenamento jurídico, a reincidência é considerada circunstância agravante, que sempre será apreciada na segunda fase da dosimetria com o intuito de majorar a pena do acusado, conforme preceituam os artigos 63 e 64, incisos I e II, ambos do Código Penal, inclusive quando a condenação pretérita tenha se dado no exterior.

Sobre o tema, Heleno Cláudio Fragoso (2006, p. 420) relembra importantes ensinamentos:

A reincidência é circunstância agravante subjetiva, que não se transmite aos partícipes. Não há reincidência se no processo anterior houve perdão judicial. A sentença que concede perdão judicial não é condenatória nem absolutória (art. 120, CP; Fragoso, “Jur. Crim.”, nº283). Nesse sentido, há Súmula do STJ (nº 18). Tanto faz que a condenação anterior tenha sido proferida no Brasil ou no estrangeiro. Neste último caso, não se exige a homologação da sentença estrangeira, que funciona como fato jurídico (cf. nº 115, supra).

Dentre as agravantes previstas no rol taxativo da Lei Penal Substantiva, a reincidência é considerada a mais importante, haja vista que a sua configuração acarreta em diversos efeitos ao condenado, além de o legislador a ter elegido como uma das circunstâncias preponderantes do artigo 67, tópicos que serão mais profundamente abordados no decorrer deste capítulo.

3.2.2 Classificação

Tamanha importância fez com que a doutrina abordasse exaustivamente o tema reincidência, determinando classificações e analisando, por vezes, ainda que de forma minoritária, a sua constitucionalidade.

Neste vértice, a reincidência pode ser classificada como real (própria ou verdadeira), quando o agente é condenado pela prática de novo delito após ter cumprido pena por crime anterior, ou como reincidência ficta (presumida, imprópria ou falsa), hipótese em

que o indivíduo é condenado por novo crime após trânsito em julgado de condenação anterior, da qual não tenha cumprido a pena. O Código Penal filiou-se à reincidência presumida, uma vez que trata como reincidente aquele que comete novo crime depois da condenação definitiva pela prática de delito anterior, pouco importando se houve ou não o cumprimento da pena (MASSON, 2012, p. 647).

No entanto, a classificação mais usual e polêmica, estabelecida pela doutrina e pela legislação, é a que distingue a reincidência específica da reincidência genérica:

Na legislação comparada, encontramos várias maneiras de considerar a reincidência e seus efeitos. Assim, fala-se em reincidência genérica, que se conceitua como cometimento de um delito, depois de ter sido o agente condenado e submetido à pena por outro delito, enquanto se denomina de reincidência específica a que exige a prática de um novo delito igual, ou da mesma categoria, daquele pelo qual sofreu anterior condenação (ZAFFARONI E PIERANGELI, 2015, p. 746).

Antes da reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940, promovida pela Lei n. 7.209/84, o Códex preceituava que a reincidência se caracterizava quando da mesma natureza de crime, considerando-se crimes da mesma natureza os previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentassem, pelos seus fatos constitutivos ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns. Como consequência da reincidência específica havia a aplicação da pena privativa de liberdade acima da metade da soma do mínimo com o máximo e a aplicação, dentre as cominadas alternativamente, da pena mais grave em qualidade (MASSON, 2012, p. 647).

Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 746) relatam que atualmente, seguindo a tendência mundial, o ordenamento jurídico brasileiro optou por adotar a reincidência genérica, haja vista que, em regra, não faz distinção entre a reincidência específica e a genérica.

A diferenciação das reincidências, entretanto, persiste fortemente no cotidiano forense, tanto na jurisprudência, quanto na legislação.

O Código Penal sofreu duas alterações posteriores à promovida pela Lei n. 7.209/84, dando destaque à reincidência específica. A primeira, efetivada em 1990 pelo artigo 5º da Lei de Crimes Hediondos, restabeleceu a reincidência específica como modo de dificultar a concessão do livramento condicional, acrescentando o inciso V ao artigo 83 da Lei Penal Substantiva, com o seguinte teor:

Art. 83 - (...)

V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza."

Já a segunda, efetuada pela Lei n. 9.714/98, trata da vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em caso de reincidência específica:

Art. 44 – (...)

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

Na jurisprudência, há ainda mais hipóteses em que a reincidência específica é valorada diferentemente da genérica, como um maior agravamento da pena (TJSC, ApCrim. 2015.027772-4, j. em 20/08/2015), fixação de regime mais gravoso (TJSC, ApCrim. 2015.001454-8, j. em 07/04/2015) e vedação da aplicação do princípio da insignificância (TJSC, ApCrim. 2015.017629-5, j. em 19/05/2015).

3.2.3 Efeitos

A caracterização da reincidência no Direito Penal, seja ela específica ou genérica, ficta ou real, acarreta diversos efeitos na pena e em outros fatores da condenação.

Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 455) os enumera:

a) Existência de uma agravante que prepondera sobre outras circunstâncias legais (art. 67, CP); b) possibilidade de impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multas (art. 44, II, e 60, § 2º, CP); c) quando por crime doloso, impedimento à obtenção do *sursis* (art. 77, I, CP); d) possibilidade de impedir o início da pena nos regimes semiaberto e aberto (art. 33, § 2º, b e c, CP), salvo quando se tratar de detenção, porque há polêmica a esse respeito; e) motivo para aumentar o prazo de obtenção do livramento condicional (art. 83, II, CP); f) impedimento ao livramento condicional nos casos de crimes hediondos, tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo, tratando-se de reincidência específica (art. 83, V, CP); g) aumento do prazo de prescrição da pretensão executória em um terço (art. 110, CP); h) causa de interrupção do curso da prescrição (art. 117, VI, CP); i) possibilidade de revogação do *sursis* (art. 81, I, CP); do livramento condicional (art. 86, I, CP) e da reabilitação (neste caso, se não tiver sido aplicada a pena de multa, conforme art. 95, CP); j) aumento de um terço até a metade da pena de quem já foi condenado por violência contra pessoa no caso de porte ilegal de arma (art. 19, § 1º, LCP, para quem sustenta a vigência deste dispositivo); l) integração ao tipo da contravenção de ter consigo material utilizado para furto, por quem já foi condenado por outro furto ou roubo (LCP, art. 25: “Ter alguém em seu poder, depois de condenado por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à

liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima: Pena – prisão simples, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, e multa” [o exemplo é mantido apenas a título de ilustração, pois o referido artigo foi considerado não recepcionado pela CF de 1988 pelo STF, no julgamento do RE 583.523, Pleno, rel. Gilmar Mendes, 03.10.2103, v. u.); m) não permissão de concessão do furto privilegiado, do estelionato privilegiado e das apropriações privilegiadas (arts. 155, § 2º, 171, § 1º, e 170, CP); n) possibilidade de causar a decretação da prisão preventiva (art. 313, III, CPP); o impedimento aos benefícios da lei 9.099/95 (arts. 76, § 2º, I, e 89, *caput*).

Juarez Cirino dos Santos (2012, pp. 323-324) acrescenta ainda a exclusão do perdão judicial na receptação culposa (art. 180, § 3º, CP), o cancelamento do direito de apelar em liberdade (art. 594, CPP) e exclusão da fiança em crimes doloso (art. 323, III, CPP).

3.2.4 Crítica

Elencados os conceitos, as classificações e os efeitos da reincidência, cumpre registrar a flagrante inconstitucionalidade do instituto da reincidência, à luz dos direitos e garantias fundamentais expressos, ou não, na Constituição da República, e do garantismo penal.

A reincidência, assim como as circunstâncias judiciais relacionadas ao agente (culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade), já abordadas neste trabalho, é manifestamente inconstitucional por violar diversos princípios, como a dignidade da pessoa humana, culpabilidade, do direito penal do fato e, especialmente, a vedação da dupla punição pelo mesmo fato e da secularização.

A proibição de dupla punição em virtude do mesmo fato criminoso, ou do *ne bis in idem*, vital para a manutenção do devido processo legal, está implícita no sistema legislativo vigente, visto que é decorrente de outros dois princípios, da legalidade e da vedação do duplo processo pelo mesmo acontecimento, tendo o primeiro sido instituído taxativamente no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e o segundo no artigo 8º, 4, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, recepcionada pela Carta Magna.

Já a secularização, separação entre direito e moral, é o pilar do Estado Democrático de Direito, uma vez que, ao afastar a moral pregada pela Igreja Católica, impede abusos das autoridades, garantindo a liberdade de pensamento.

Neste sentido, Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho (2004, p. 17), acerca do referido princípio, ensinam:

A secularização, ainda, de acordo com cadeia principiológica estabelecida pela Constituição, deduz inúmeros (sub) princípios, como o da inviolabilidade da intimidade e do respeito à vida privada (art. 5º, X); do resguardo da liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV); da liberdade de consciência e crença religiosa (art. 5º, VI); da liberdade de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII); e da garantia de livre manifestação do pensar (art. 5º, IX).

Analisando a reincidência à luz destes princípios, vê-se rapidamente a sua patente inconstitucionalidade.

Pierangeli e Zaffaroni (2015, p. 746), ao comentarem o fundamento da circunstância agravante da reincidência, elencam quatro teorias explicadoras, como as mais difundidas, considerando que as demais não passam de meras variações, sendo elas a demonstração de uma maior periculosidade do agente: teoria psicológica da culpabilidade, a qual sustenta que a reincidência demonstra uma decisão da vontade do autor mais forte ou dotada de maior permanência; dentro da normativa da culpabilidade, há o entendimento de que a condenação anterior não foi suficiente para reforçar os mecanismos de contramotivação do autor, fazendo-se necessário reforçar isso na segunda condenação; e a última procura justificar a agravação da pena pela reincidência pela afetação da imagem pública do Estado, como provedor da segurança jurídica, por conta do cometimento de novo delito de pessoa já condenada, assim, haveria dois bens jurídicos atingidos, o do delito cometido e a imagem do Estado.

Os autores concluem aduzindo que todas as justificativas são inconstitucionais (2015, p. 748):

Sem embargo disso, esta última explicação, da mesma forma que as anteriores, não pode quitar um sério inconveniente que apresenta a reincidência, e que a esta é formulada desde o século passado: em toda agravação da pena pela reincidência existe uma violação do princípio do non bis in idem. A pena maior que se impõe na condenação pelo segundo delito decorre do primeiro, pelo qual a pessoa já havia sido julgada e condenada. Pode-se argumentar que a maior pena do segundo delito não tem seu fundamento no primeiro, e sim na condenação anterior, mas isto não passa de um jogo de palavras, uma vez que a condenação anterior decorre de um delito, e é uma consequência jurídica do mesmo.

[...]

Na realidade, a reincidência decorre de um interesse estatal de classificar as pessoas em “disciplinadas” e “indisciplinadas”, e é óbvio não ser esta a função do direito penal garantidor.

No mesmo norte, Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho (2004, p. 62) observam que a reincidência é um instrumento que valora a personalidade e o caráter do acusado, pois “antecedentes e reincidência são, desde a lógica do sistema pena brasileiro, instrumentos que auxiliam o julgador no estabelecimento de juízos sobre a personalidade do acusado, seu caráter corrompido e suas tendências pessoais.”

Ferrajoli (2010, p. 459), ao desenvolver a Teoria do Garantismo Penal, analisa que não se pode permitir que pessoas sejam responsabilizadas pelo seu modo de ser e não pelo seu modo de agir, sob pena de se violar a culpabilidade e incidindo em um ponto que não interessa ao Direito Penal:

Entende-se que, num sistema garantista assim configurado, não tem lugar a categoria periculosidade nem qualquer outra tipologia subjetiva ou de autor elaboradas pela criminologia antropológica ou ética, tais como a capacidade criminal, a reincidência, a tendência para delinquir, a imoralidade ou a falta de lealdade.

Ainda que esta seja a opinião minoritária da doutrina e da jurisprudência, parte cada vez mais significativa da intelectualidade forense considera que a reincidência caracteriza violação ao princípio do *non bis in idem*, da intangibilidade da coisa julgada e, com conseqüente ruptura do Estado Democrático de Direito e do sistema de garantias, é inconstitucional.

3.3 Concurso de circunstâncias e compensação

Não raro, circunstâncias legais atenuantes e agravantes apresentam-se de forma concomitante na mesma aplicação da pena. Nestes casos, o Código Penal, por meio do seu artigo 67, instituiu o método de aplicação das circunstâncias, estabelecendo quais delas devem preponderar:

Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência (BRASIL, 1940).

Apesar de este trabalho ser voltado para análise do concurso entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, faz-se *mister* registrar crítica sob a ótica

subjetivista do Código Penal vigente, que, em seu artigo 67, mais uma vez se volta contra aspectos relacionados à personalidade do agente e não à sua conduta, entendimento enfaticamente criticado no corpo deste trabalho.

Neste sentido é a impecável análise de Luiz Flávio Gomes e Áurea Maria Ferraz de Sousa²⁴ acerca do referido dispositivo:

O art. 67 do CP é eminentemente subjetivista, porque atrelado a condições subjetivas do autor do fato. É dispositivo fundado no Direito penal de autor (não no Direito penal do fato). Isso é resquício do positivismo criminológico de Lombroso, Ferri e Garófalo, que serviu de base para nosso Código Penal fascista de 1940. Fascista porque o Brasil vivia, nessa época, sob o império de uma ditadura. Fascista e punitivista porque estreitamente ligado ao positivismo criminológico. Hoje, considerando o modelo de Estado que elegemos (o constitucional e humanocentrista de direito), já não faz sentido (ou, pelo menos, não faz sentido absoluto) o disposto no art. 67 do CP, que prioriza as condições subjetivas, em detrimento das objetivas. O correto é o juiz ponderar todas as circunstâncias do crime assim como as condições do agente. Tudo ponderado significa levar tudo em conta, porque o sujeito não pode ser punido só pelas suas condições pessoais. A aplicação automática do art. 67 revela posicionamento ideológico tendencialmente positivista, que não se coaduna com o atual modelo de sociedade e de direito (assim como de Estado) que adotamos. O art. 67 tinha mais coerência com as ideias penais fascistas de 1940 e isso em nada se aproxima das ideias democráticas da pós-modernidade.

Em que pese os aspectos criticados, o texto legal continua vigente e sendo aplicado nos tribunais brasileiros, ainda que de forma controversa, como será visto no capítulo seguinte.

Voltando à análise do artigo 67, cumpre transcrever os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 466), que, ao comentar o dispositivo, esclarece a mecânica do concurso entre agravantes e atenuantes:

Confronto entre agravantes e atenuantes (art. 67, CP)

- 1) agravante simples X atenuante simples: anulam-se = a pena não deve sofrer alterações na 2ª fase.
- 2) agravante preponderante X atenuante simples: a agravante anula a atenuante = a pena deve ser elevada se possível na 2ª fase.
- 3) agravante simples X atenuante preponderante: a atenuante anula a agravante = a pena deve ser reduzida se possível 2ª fase.
- 4) agravante preponderante X atenuante preponderante: anulam-se = a pena não deve sofrer alterações na 2ª fase.
- 5) duas agravantes simples X uma atenuante preponderante: anulam-se = a pena não deve sofrer alterações na 2ª fase.
- 6) uma agravante preponderante X duas atenuantes simples: anulam-se = a pena não deve sofrer alterações na 2ª fase.

²⁴ GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Agravantes e atenuantes: preponderância das circunstâncias subjetivas. Críticas.** Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100824185616901>. 31 de agosto de 2010. Acesso em 03 nov. 2015.

Em relação ao concurso entre a reincidência e a confissão espontânea, a doutrina e a jurisprudência se dividem quanto à compensação, ou não, das circunstâncias, por conta do caráter da confissão espontânea.

Enquanto uma parte da doutrina não encara a confissão espontânea como uma circunstância preponderante por não se enquadrar em nenhuma das hipóteses enumeradas no artigo 67 do Códex, outra credita à atenuante um alto valor personalístico, classificando-a como circunstância atinente à personalidade do agente, prevista no mencionado dispositivo.

Luiz Regis do Prado (2010, p. 497) faz parte da primeira corrente, que entende não ser possível a compensação, tendo em vista que a confissão baseia-se fundamentalmente em considerações político-criminais (exigências da previsão especial, favorecimento da administração da justiça).

Da mesma forma, Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 465), ao explicar a mecânica da aplicação da pena na segunda fase, quando do concurso de circunstâncias atenuantes e agravantes, utiliza como exemplo o confronto entre reincidência e confissão espontânea e se posiciona pela preponderância daquela.

Cleber Masson (2012, p. 669) e Rogério Greco (2011, p. 171) seguem no mesmo norte, aduzindo que é inviável a compensação entre reincidência e confissão espontânea, em razão de entendimento jurisprudencial que compreende a confissão espontânea como atenuante de cunho objetivo, além de um subterfúgio do acusado para reduzir a sua pena, sem manifestar, necessariamente, traço de boa personalidade e arrependimento.

Há ainda aqueles, como Alceu Corrêa Júnior e Sérgio Salomão Shecaira (2002, p. 282), que entendem que a reincidência prepondera sobre toda e qualquer atenuante, com exceção da menoridade relativa, estabelecendo como ordem de preponderância: menoridade relativa, reincidência, circunstâncias subjetivas e circunstâncias objetivas.

De modo inverso posiciona-se Celso Delmanto (2011, p. 220), que, ao comentar o artigo 67 do Código Penal, estabeleceu que a confissão espontânea “demonstra um aspecto positivo da personalidade do agente e é, a exemplo da menoridade, atenuante de primeira grandeza”.

José Antônio Paganella Boschi (2013, p. 240) também faz parte da corrente que considera a confissão espontânea circunstância preponderante no concurso entre agravantes e atenuantes:

A compensação não poderá ser realizada, entretanto, quando o concurso for entre agravantes e atenuantes e uma delas for preponderante, porque, nesse caso, a pena deve “aproximar-se do limite” indicado pela circunstância preponderante (art. 67).

Exemplificando:

Se o indivíduo, reincidente, cometer um crime sob a influência de multidão em tumulto, a agravante contemplada no art. 61, inciso I, do CP, por ser preponderante em relação à atenuante da letra “e” do inciso III do artigo 61, determinará quantidade maior de acréscimo do que a quantidade de redução determinada pela atenuante não preponderante.

Em sentido inverso, se o agente ofender a integridade física de um ascendente (art. 129 do CP) e ato contínuo espontaneamente procurar a autoridade e confessar a autoria do crime, o juiz, bem consideradas a agravante da letra do art. 61, II, “e” (que não está elencada como preponderante no art. 67), e a atenuante em concurso da confissão espontânea, prevista na letra “d” do inciso II do art. 65 (com o caráter preponderante conferido pelo art. 67), deverá atenuar em maior e agravar em menor quantidade a penabase, para ensejar assim que a pena provisória se aproxime do limite indicado pela atenuante preponderante.

É claro que sendo a(s) circunstância(s) agravante(s) e atenuante(s) em concurso for(em) todas preponderante(s), o juiz poderá se utilizar tanto de uma quanto de outra das fórmulas recomendadas: a) a primeira, agregando à pena-base a(s) quantidade(s) de agravação(ões) e de atenuação(ões) e b) a segunda, compensando simplesmente a(s) agravante(s) e atenuante(s), salvo quando a atenuante em concurso for a menoridade, porque ela é circunstância que prepondera sobre todas – inclusive sobre as legalmente consideradas como preponderantes.

Helena Cláudio Fragoso (2006, pp. 437-439), em obra atualizada por Fernando Fragoso, segue a linha favorável à consideração da confissão espontânea como atenuante subjetiva e, conseqüentemente, preponderante no caso de concurso de circunstâncias:

Todas as circunstâncias atenuantes, com exceção da prevista no art. 65, III, b, referem-se à pessoa do agente ou ao fim de agir e têm, portanto, caráter subjetivo. Não se comunicam aos co-autores e partícipes. Todavia, o fato de ter o agente com eficiência diminuído ou evitado as conseqüências do crime ou reparado o dano têm caráter objetivo e se comunica

[...]

Prevalecem, portanto, quando ocorrem ao mesmo tempo circunstâncias que agravam e circunstâncias que atenuam, as de caráter subjetivo.

Em comentários à decisão do Supremo Tribunal Federal que decidiu pela compensação entre reincidência e confissão, Leonardo Sica e Luísa Moraes Abreu Ferreira²⁵ analisam a possibilidade de compensação, posicionando-se favoráveis à consideração da confissão como circunstância preponderante:

Por fim, reconhecer a confissão como fator importante para determinar a pena é um avanço, especialmente por colocá-la como elemento importante para a consideração da personalidade do condenado. Nos crimes mais comuns no cotidiano forense (roubo, tráfico de drogas, homicídio etc), muitas pessoas são condenadas com base na confissão e, até sob o ponto de vista éticossocial, não considerar a conduta de quem assume a culpa e se expõe a pena como elemento preponderante e objetivamente ligado à personalidade seria bastante injusto. Recorrer a elementos objetivos e verificáveis por meio do processo afasta o direito penal do paradigma

²⁵ SICA, Leonardo; FERREIRA, Luísa Moraes Abreu. **Aplicação da pena: confissão e reincidência**. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 101, n. 925, p. 453-467, nov. 2012.

positivista, ainda muito influente no momento da decisão sobre a pena e, especialmente, na avaliação da personalidade do condenado. A confissão é fato objetivo e, obviamente, útil à definição da personalidade para fins jurídicos-penais e, ainda, se opõe às ilações, preconceitos e fórmulas genéricas que predominam nas sentenças judiciais nesse ponto.

Portanto, a par dos excertos colacionados, verifica-se que a doutrina se divide quanto à natureza da confissão espontânea, se circunstância subjetiva ou objetiva, e, conseqüentemente, à compensação, ou não, entre a atenuante e a reincidência. No próximo capítulo, observar-se-á que o dissídio se mantém também na jurisprudência, tanto dos tribunais superiores quanto da Corte Catarinense.

4 ANÁLISE DO CONFRONTO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA NOS JULGADOS BRASILEIROS

Como se pode ver, as manifestações doutrinárias sobre o tema não o abordam de forma tão profunda quanto deveriam, não havendo muita discussão sobre o assunto nos mais importantes manuais e códigos comentados, nem tantas obras direcionadas especificamente à temática. Assim, o debate maior, no que tange ao concurso de agravantes e atenuantes, especialmente entre a reincidência e a confissão espontânea, acontece na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Em virtude disso, neste terceiro e derradeiro capítulo apresentar-se-á a análise do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a partir de alguns julgados em que foi analisada a possibilidade de compensação entre a reincidência e a confissão espontânea na aplicação da pena, conflitanto-as com os ensinamentos doutrinários já apresentados e demonstrando as divergências.

Vale mencionar que as visões da Suprema Corte e do Tribunal da Cidadania são antagônicas, fato que enriquece ainda mais o debate, havendo argumentos profundamente cotejados em ambas as casas, assim como no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em que metade das câmaras adota o entendimento do Supremo e a outra metade a da Corte Cidadã.

Neste sentido, serão cotejados cronologicamente *cases* julgados de 2010 a 2015, sendo que de todos os acórdãos serão colacionadas a ementa e destacadas partes da sua fundamentação, a fim de melhor localizar o leitor quanto ao teor e posterior crítica das decisões.

Por fim, antes de adentrar na análise dos julgados, esclarece-se que este trabalho e as decisões que serão colacionadas tratam puramente da compensação entre reincidência e confissão espontânea, sem grandes aberturas de possibilidades como multirreincidência, confissão qualificada, entre outras classificações, inviabilizando minuciosa análise de todas as variáveis.

4.1 Supremo Tribunal Federal

Como dito anteriormente, o grande foco da discussão referente à compensação ou não da reincidência e da confissão espontânea é a natureza desta última. Neste viés, a interpretação do guardião da Constituição tem mudado muito pouco nos últimos anos.

Com exceção de um julgado, a posição das duas turmas do Supremo, do ano de 2010 para cá, é de que a confissão é circunstância atenuante de ordem objetiva, não exercendo influência na personalidade e, conseqüentemente, não podendo ser considerada como circunstância preponderante no concurso de agravantes e atenuantes, prevista no artigo 67 do Código Penal.

É o que se extrai do *Habeas Corpus* n. 102.486, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia, que serve de paradigma para julgamentos do STF até hoje:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. CONCURSO DE ATENUANTE E AGRAVANTE. ALEGAÇÃO DE QUE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA É CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA: IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Pedido de compensação, na segunda fase da imposição de pena ao réu, da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. 2. A reincidência é uma circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea. Precedentes. 3. A confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente. 4. Ordem denegada (STF, *Habeas Corpus*. n. 102.486, do Mato Grosso do Sul, Rel. Mina. Carmem Lúcia, Primeira Turma, julgado em 06/04/2010).

Da fundamentação:

A confissão é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente.

A interpretação da Ministra, uníssona na Corte até então, estendeu-se até 2012, oportunidade em que, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 101.909, o Ministro Ayres Britto exarou novo entendimento acerca do tema, posicionando-se favorável à compensação entre as circunstâncias, por entender que a confissão faz parte da personalidade do agente,

especialmente quando a admissão de responsabilidade pelo cometimento do delito auxilia na elucidação dos fatos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. CONCURSOS DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES. PREPONDERÂNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Constituição Federal assegura aos presos o direito ao silêncio (inciso LXIII do art. 5º). Nessa mesma linha de orientação, o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (Pacto de São José da Costa Rica) institucionaliza o princípio da “não-auto-incriminação” (nemo tenetur se detegere). Esse direito subjetivo de não se auto-incriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não-culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal). A revelar, primeiro, que o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégia oportuna de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado. 2. A presunção de não-culpabilidade trata, mais do que de uma garantia, de um direito substantivo. Direito material que tem por conteúdo a presunção de não-culpabilidade. Esse o bem jurídico substantivamente tutelado pela Constituição; ou seja, a presunção de não-culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional. Logo, o direito à presunção de não-culpabilidade é situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência. 3. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que não se pode relacionar a personalidade do agente (ou toda uma crônica de vida) com a descrição, por esse mesmo agente, dos fatos delitivos que lhe são debitados (HC 102.486, da relatoria da ministra Cármen Lúcia; HC 99.446, da relatoria da ministra Ellen Gracie). Por outra volta, não se pode perder de vista o caráter individual dos direitos subjetivo-constitucionais em matéria penal. E como o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimular, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte, todo instituto de direito penal que se lhe aplique – pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos – há de exibir o timbre da personalização. Quero dizer: tudo tem que ser personalizado na concreta aplicação do direito constitucional-penal, porque a própria Constituição é que se deseja assim orteguianamente aplicada (na linha do “Eu sou eu e minhas circunstâncias”, como sentenciou Ortega Y Gasset). E como estamos a cuidar de dosimetria da pena, mais fortemente se deve falar em personalização. 4. Nessa ampla moldura, a assunção da responsabilidade pelo fato-crime, por aquele que tem a seu favor o direito a não se auto-incriminar, revela a consciência do descumprimento de uma norma social (e de suas consequências), não podendo, portanto, ser dissociada da noção de personalidade. 5. No caso concreto, a leitura da sentença penal condenatória revela que a confissão do paciente, em conjunto com as provas apuradas sob o contraditório, embasou o juízo condenatório. Mais do que isso: as palavras dos acusados (entre eles o ora paciente) foram usadas pelo magistrado sentenciante para rechaçar a tese defensiva de delito meramente tentado. É dizer: a confissão do paciente contribuiu efetivamente para sua condenação e afastou as chances de reconhecimento da tese alinhavada pela própria defesa técnica (tese de não consumação do crime). O que reforça a necessidade de desembaraçar o usufruto máximo à sanção premial da atenuante. Assumindo para com ele, paciente, uma postura de lealdade (esse vívido conteúdo do princípio que, na cabeça do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade). 6. Ordem concedida para reconhecer o caráter preponderante da confissão espontânea e determinar ao Juízo Processante que redimensione a pena imposta ao paciente (STF, *Habeas Corpus* n. 101.909, de Minas Gerais, rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012).

Vale transcrever a brilhante argumentação do Ministro para adoção desse posicionamento:

Nessa contextura, o chamado réu confesso assume uma postura sobremodo incomum: afasta-se do próprio instinto do auto-acobertamento individual e, eventualmente grupal, para colaborar com a elucidação dos fatos. Donde a previsão legal de atenuação da pena daquele que, espontaneamente, confessa o delito.

[...]

2. Muito bem. Encontrei na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal decisões em sentido diametralmente oposto ao pedido defensivo. Ambas as Turmas julgadoras têm entendido que não se pode relacionar a personalidade do agente (ou toda uma crônica de vida) com a descrição, por esse mesmo agente, dos fatos delitivos que lhe são debitados. Eu mesmo, ainda na Primeira Turma, acompanhei esse posicionamento, ao votar com a relatora do HC 102.486, ministra Cármen Lúcia.

[...]

Nada obstante, prossegui meditando sobre o tema e hoje alcanço uma diferente compreensão das coisas. É que não se pode perder de vista o caráter individual dos direitos subjetivo-constitucionais em matéria penal. E como o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte, todo instituto de direito penal que se lhe aplique – pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos – há de exibir o timbre da personalização. Quero dizer: tudo tem que ser personalizado na concreta aplicação do direito constitucional-penal, porque a própria Constituição é que se deseja assim orteguianamente aplicada (na linha do “Eu sou eu e minhas circunstâncias”, como sentenciou Ortega Y Gasset). E como estamos a cuidar de dosimetria da pena, mais fortemente se deve falar em personalização.

Nessa moldura, penso que a assunção da responsabilidade pelo fato-crime, por aquele que tem a seu favor o direito a não se auto-incriminar, revela a consciência do descumprimento de uma norma social (e de suas consequências), não podendo, portanto, ser dissociada da noção de personalidade.

No entanto, após esse julgamento, a Corte Suprema retomou o primeiro entendimento, estabelecendo que a reincidência prevalece sobre a confissão espontânea no concurso de circunstâncias na segunda fase da dosimetria.

Segundo os julgados que sucederam a decisão do Ministro Ayres Britto, além de a confissão não ser uma circunstância de natureza subjetiva, relacionada diretamente à personalidade do agente, a reincidência deve preponderar sobre a confissão espontânea, por merecer um maior destaque na aplicação da pena:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. Furto simples. Reincidência. Bis in idem. Não ocorrência. Diversidade de condenações definitivas. Majoração justificada e dentro dos limites discricionários do juiz. Concurso da agravante da reincidência e da atenuante da confissão espontânea. Pretensão à compensação. Inviabilidade. Ordem denegada. Recurso não provido. 1. Ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, o magistrado sentenciante levou em conta os maus antecedentes ostentados pelo réu e, na etapa seguinte, majorou a pena em virtude da reincidência, considerando a existência de mais de uma condenação definitiva. Não há falar em dupla valoração do mesmo fato, portanto. 2. Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve

aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso em exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. Precedentes. 3. Recurso não provido (STF, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 110.727, do Distrito Federal, rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 17/04/2012).

Do corpo do acórdão:

Anoto, ainda, que a situação do paciente não o favorece. Isso porque a reincidência, entre as inúmeras circunstâncias agravantes, já traz em si mesma uma gravidade maior, visto que ela evidencia que o réu persistiu na senda do crime, não obstante condenação anterior.

Tal interpretação restou sedimentada até os dias atuais, como se pode ver nos últimos julgamentos de ambas as turmas do Pretório Excelso sobre a matéria:

Ementa: Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário. Roubo circunstanciado. Compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Impossibilidade 1. O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, a teor do art. 67 do Código Penal, “a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada” (RHC 110.727, Rel. Min. Dias Toffoli). 2. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual (STF, *Habeas Corpus* n. 105.543, do Mato Grosso do Sul, rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 29/04/2014).

Da Segunda Turma:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA CONTROVERTIDA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. CONCURSO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. I – No caso concreto, para se chegar à conclusão pela existência da confissão espontânea, faz-se necessário o incurso no acervo fático-probatório, o que é incabível na estreita via eleita. II – Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso sob exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. Precedentes. III – Recurso ordinário ao qual se nega provimento (STF, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 120.677, de São Paulo, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 18/03/2014).

Vê-se, deste modo, que, apesar da breve mudança de posicionamento no ano de 2012, ambas as turmas da Corte mor do judiciário pátrio se mantêm firmes no posicionamento de que a reincidência prevalece sobre a confissão espontânea, em razão desta não se enquadrar em nenhuma das características previstas no artigo 67 do Código Penal.

4.2 Superior Tribunal de Justiça

Conforme mencionado anteriormente, a jurisprudência do Tribunal Cidadão atualmente se contrapõe ao entendimento da Corte Suprema. No entanto, o que hoje é pacificado foi dissídio durante alguns anos no Superior Tribunal de Justiça.

Até 2012, não havia unanimidade no posicionamento do Tribunal acerca do confronto entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Até então, a Quinta e a Sexta Turmas do Tribunal apresentavam entendimentos distintos. Enquanto aquela entendia pela preponderância da reincidência, esta se posicionava favoravelmente à compensação entre as circunstâncias.

O *Habeas Corpus* n. 229.489, de relatoria do Ministro Vasco Della Giustina, traz:

EMENTA: HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES TENTADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA REFEITA. ORDEM CONCEDIDA.

1. "A confissão, se levada em conta para a condenação, ainda que juntamente com outras provas, deve incidir como atenuante, sendo desinfluyente se foi parcial ou total, espontânea ou não." (HC 98.931/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 15/08/2011) 2. A Sexta Turma deste Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser possível, na segunda fase de dosimetria da pena, promover a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, eis que ambas circunstâncias são preponderantes, nos termos do art. 67 do CP: a primeira por se ater diretamente à personalidade do agente (capacidade de assumir erros e suas conseqüências) e a segunda por expressa previsão legal.

3. Dosimetria da pena refeita.

4. Ordem parcialmente concedida, a fim de compensar a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência e, por conseguinte, redimensionar a sanção penal em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, 9 (nove) dias-multa, mantendo o regime fechado para o início do cumprimento da pena (STJ, *Habeas Corpus* n. 229.489, do Rio de Janeiro, Rel. Ministro Vasco Della Giustina - Desembargador Convocado do TJ/RS -, Sexta Turma, julgado em 29/03/2012).

Do corpo do texto, extrai-se:

Nessa senda, nota-se que a Sexta Turma deste Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser possível, na segunda fase de dosimetria da pena, promover a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, eis que ambas circunstâncias são preponderantes, nos termos do art. 67 do CP: a primeira por se ater diretamente à personalidade do agente (capacidade de assumir erros e suas conseqüências) e a segunda por expressa previsão legal.

De modo inverso, decidia a Quinta Turma:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. RECEPÇÃO E ESTELIONATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR, NO CASO, AS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS REFERENTES À PERSONALIDADE DELITIVA. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Esta Corte de Justiça já se posicionou no sentido de que a personalidade do criminoso não pode ser valorada negativamente se não existirem, nos autos, elementos suficientes para sua efetiva e segura aferição pelo julgador. Precedentes.

2. É inviável a tese de compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, tendo em vista o entendimento de que a circunstância agravante da reincidência, como preponderante, deve prevalecer sobre a atenuante da confissão espontânea, nos termos do art. 67 do Código Penal. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3. Habeas corpus parcialmente concedido a fim de, mantendo as condenações, reduzir as majorações das penas-base, fixando as reprimendas em 1 ano e 9 meses de reclusão, no regime semiaberto, e 18 dias-multa, no piso, pelo crime de receptação; e 2 anos e 3 meses de reclusão, no regime semiaberto, e 23 dias-multa, no piso, pelo crime de estelionato (STJ, *Habeas Corpus* n. 178.781, do Distrito Federal, rela. Mina. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/04/2012).

Da fundamentação:

Quanto à compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, cabe ressaltar que "a atenuante do art. 65, inc. 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" (REsp 711.026/RS, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 09/08/2005), sendo descabido o fundamento de que a atenuante da confissão espontânea envolveria a personalidade do agente.

A divergência, no entanto, teve fim no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial, pela 3.^a Seção do Superior Tribunal de Justiça, em que ficou pacificado, por maioria de votos, o entendimento de que, assim como a reincidência, a confissão espontânea também era circunstância preponderante no concurso de agravantes e atenuantes e, por isso, ambas deveriam se compensar quando confrontadas:

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

1. Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes.

2. É possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

3. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local (STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.154.752, do Rio Grande do Sul, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 23/05/2012).

Do voto do relator:

A confissão espontânea demonstra também, em meu modo de ver, personalidade mais ajustada, a ponto de a pessoa reconhecer o erro e assumir suas consequências. O peso entre a confissão e a reincidência deve ser o mesmo, daí a possibilidade de haver a compensação.

Não foi outra a opinião do Ministério Público Federal (fls. 283/285):

[...]

11. Assim, o entendimento acima estabelecido, segundo o qual a confissão é um reflexo da personalidade do agente, de índole subjetiva, devendo prevalecer sobre a reincidência, merece ser encampado por esse órgão uniformizador. De fato, se a reincidência sempre preponderasse sobre a confissão espontânea, seria mais vantajoso ao acusado não confessar o crime e, portanto, não auxiliar a justiça, porquanto de nada adiantaria tal conduta, algumas vezes praticada com risco para o próprio acusado.

Da fundamentação do voto de desempate, proferido pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura:

Penso que a personalidade do agente é um universo amplo, com diversas peculiaridades a serem consideradas. Acredito até que ela pode ser valorada negativamente na fixação da pena-base, mas, à luz da confissão espontânea, apresentar peculiaridade nobre, de tal forma a, na segunda fase, repercutir, positivamente, no cômputo da pena.

Nesse diapasão, é possível colher da confissão dado decisivo da personalidade do agente:

"Não cremos que exista uma solução única. Tudo depende do caso concreto. Se a confissão espontânea for, de fato, fruto de uma personalidade amigável, de quem cometeu o crime em face um lamentável lapso, mas, moído pelo remorso, resolve colaborar com o Estado para a apuração de ocorrido, é viável considerar-se uma atenuante preponderante." (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado . 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 388).

E, cumpre aduzir, a atenuante em apreço genealogicamente se vincula à delação premiada que, em certos casos, conduz mesmo à isenção de pena (Conferir, neste sentido, DELMANTO, Celso, et. al. Código penal comentado . 7. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 216). Portanto, nos moldes da recente tendência político-criminal, deve-se, sim, reconhecer na atenuante em comento o seu devido grau de importância e a devida inserção no âmbito da personalidade, ombreando, pois, com a reincidência, nos moldes do art. 67 do Código Penal.

De lá para cá a jurisprudência da Corte Superior não mais se modificou, mantendo-se uníssona no sentido de compensar as circunstâncias:

EMENTA: HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO SIMPLES. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. SUPERVENIENTE TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PERDA DO OBJETO. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO. RÉU REINCIDENTE E COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. DESCABIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.
2. A superveniência do trânsito em julgado da condenação torna prejudicado o pleito relativo à ilegalidade na manutenção da prisão preventiva do paciente.
3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/4/2013), sob o rito do art. 543-C c/c 3º do CPP, consolidou entendimento no sentido de que "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".
4. Na espécie, ausente circunstância específica para justificar a preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea, impõe-se a integral compensação.
5. Embora o paciente tenha sido condenado à pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, a reincidência e a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis configuraram fundamentos idôneos para o estabelecimento do regime inicial fechado, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.
6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente (STJ, *Habeas Corpus* n. 327.779, de São Paulo, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/10/2015).

4.3 Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Da mesma forma que não há unicidade na doutrina ou nos Tribunais Superiores quanto à compensação entre a reincidência e a confissão espontânea no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, não há, na jurisprudência catarinense, uma uniformidade interpretativa do artigo 67 do Código Penal.

Das quatro câmaras criminais da Corte Catarinense, metade filia-se ao entendimento posto pelo Supremo Tribunal Federal e outra metade ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

A Primeira e a Terceira Câmara Criminal do nosso Órgão Julgador são favoráveis à preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea e justificam sua posição tão somente nas decisões do Pretório Excelso.

Da Primeira Câmara Criminal:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO SIMPLES NA SUA FORMA TENTADA (ARTIGO 155, *CAPUT*, COMBINADO COM ARTIGO 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). CONDENAÇÃO NA ORIGEM. RECURSO DA DEFESA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. PEDIDO DE ADEQUAÇÃO DA PENA-BASE EM RAZÃO DA INIDÔNEA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CONDUTA SOCIAL E DA PERSONALIDADE DO AGENTE. SENTENÇA QUE, NA PRIMEIRA FASE DA

DOSIMETRIA, CONSIDEROU DESFAVORÁVEIS SOMENTE OS ANTECEDENTES. FALTA DE INTERESSE RECURSAL NO PONTO. NÃO CONHECIMENTO.

1. O interesse recursal configura-se em pressuposto subjetivo do recurso cuja finalidade é aferir qual o benefício ou a vantagem que a revisão do julgado proporcionará ao apelante.

2. Se a sentença vergastada não considerou as circunstâncias judiciais da conduta social e da personalidade para estabelecer a pena-base na primeira fase da dosimetria, carece o apelante de interesse recursal quando postula o afastamento de ambas e a redução da reprimenda.

MÉRITO. ALMEJADA COMPENSAÇÃO ENTRE AS CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA (ARTIGOS 61, I, E 65, III, D, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). IMPOSSIBILIDADE. PREPONDERÂNCIA DA PRIMEIRA SOBRE A SEGUNDA. ARTIGO 67 DO ESTATUTO REPRESSIVO. PRECEDENTES.

Consoante o disposto no artigo 67 do Código Penal "No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência."

PRETENZA REDUÇÃO DA REPRIMENDA NO PATAMAR MÁXIMO INERENTE À TENTATIVA (DOIS TERÇOS). DESCABIMENTO. EXPRESSIVIDADE DO *ITER CRIMINIS* PERCORRIDO PELO AGENTE.

PENA DE MULTA. ADEQUAÇÃO DE OFÍCIO. REPRIMENDA QUE SE SUJEITA À INCIDÊNCIA DE IDÊNTICO PARÂMETRO UTILIZADO NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. SENTENÇA EM PARTE ALTERADA.

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO (TJSC, Apelação Criminal n. 2015.031270-5, de Brusque, rel. Des. Luiz Cesar Schwitzer, julgado em 29/09/2015).

Da Terceira Câmara:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATO (ART. 171, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA.

RECURSO DEFENSIVO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS NOS AUTOS. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA EXCLUDENTE DE ILICITUDE DE ESTADO DE NECESSIDADE. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVAS QUE CONFIRMEM A SITUAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA DO APELADO. ÔNUS DA PROVA CABIA À DEFESA. ADEMAIS, CONDIÇÃO QUE NÃO DÁ CAUSA, POR SI SÓ, À JUSTIFICANTE.

DOSIMETRIA. REQUERIDA A PREPONDERÂNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA EM RELAÇÃO À AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA DE CARÁTER OBJETIVO QUE SE SOBREPÕE À DE CARÁTER SUBJETIVO (ART. 67 DO CÓDIGO PENAL). PRECEDENTES. PEDIDO DE ABRANDAMENTO DE REGIME PARA O SEMIABERTO. INVIABILIDADE. APELANTE REINCIDENTE ESPECÍFICO E COM MAUS ANTECEDENTES. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 269 DO STJ.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJSC, Apelação Criminal n. 2015.047303-4, de Criciúma, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, julgado em 20/10/2015).

A Segunda e a Quarta Câmara, por outro lado, adotam o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, já explorados neste capítulo, de que a confissão possui

caráter subjetivo e se compensa com a reincidência quando do concurso de agravantes e atenuantes na segunda fase da dosimetria.

Da Segunda Câmara Criminal, extrai-se:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO PRATICADO DURANTE REPOUSO NOTURNO, NA FORMA TENTADA (ART. 155, §1º, C/C 14, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO MINISTERIAL. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CONSUMAÇÃO DELITIVA. ACOLHIMENTO. TEORIA DA AMOTIO OU APPREHENSIO. CONSUMAÇÃO QUE SE DÁ NO MOMENTO EM QUE O AGENTE SE TORNA POSSUIDOR DA COISA MÓVEL ALHEIA SUBTRAÍDA, AINDA QUE POR CURTO ESPAÇO DE TEMPO, NÃO NECESSITANDO A POSSE MANSA E PACÍFICA. ITER CRIMINIS PERCORRIDO INTEGRALMENTE. ACUSADO QUE, DURANTE O REPOUSO NOTURNO, ADENTROU NA RESIDÊNCIA DA VÍTIMA E SUBTRAIU UMA MOTOCICLETA. PRISÃO EM FLAGRANTE OCORRIDA APÓS A INVERSÃO DA POSSE DO BEM. DELITO EFETIVAMENTE CONSUMADO. DOSIMETRIA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. APELADO COM CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO ANTERIOR AOS FATOS APURADOS. COMPENSAÇÃO ENTRE A REINCIDÊNCIA E A CONFISSÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.086917-7, da Capital, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, julgado em 13/10/2015).

Da Quarta Câmara Criminal, reproduz-se:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO PRATICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO (ART. 155, § 1º E § 4º, I, CP). SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. DOSIMETRIA. ALMEJADA COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA (DECORRENTE DE UMA CONDENAÇÃO) COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ACOLHIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. PROVIMENTO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 155, § 1º, DO CP. IMPERTINÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE COM A FORMA QUALIFICADA DO DELITO. VENCIDO O RELATOR. DOSIMETRIA. EXCLUSÃO DE OFÍCIO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. NÃO RECUPERAÇÃO (DE PARCELA) DA RES FURTIVA INERENTE AO TIPO PENAL. ADEQUAÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE (TJSC, Apelação Criminal n. 2015.031275-0, de Tubarão, rel. Des. Rodrigo Collaço, julgado em 09/07/2015).

Neste ponto, cumpre registrar breve crítica à fundamentação utilizada pelas Câmaras Criminais do Tribunal Catarinense, que, ao se debruçarem sobre tema tão polêmico e atual, utilizam-se apenas de reprodução de julgados de Tribunais Superiores para fundamentar

suas decisões, sem adentrar na discussão dogmática acerca da natureza da confissão e da possibilidade da compensação entre as circunstâncias.

No caso do concurso entre reincidência e confissão espontânea, as decisões calcadas apenas em entendimentos jurisprudenciais, sem debate profundo acerca de seu conteúdo, são ainda mais prejudiciais, visto que os Tribunais Superiores não chegaram a um consenso sobre qual é a solução mais adequada, sendo antagônicos os entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Ao abordar a temática, Leonard Ziesemer Schmitz (2015, pp. 308-309) critica de forma brilhante este costume de tribunais Brasil afora e a consequência desta prática:

A sonhada “cultura de precedentes”, que reconduziria à uniformização de entendimentos e à celeridade de julgamentos, pode ter se transformado em “cultura de ementas”, que desemboca em uma simplificação exacerbada do fenômeno jurídico.

Assim, “os Tribunais superiores passaram a ser os produtores iniciais e finais dos sentidos e significações da lei. O direito passa a ser – quase que exclusivamente – aquilo que é dito e repetido pelos pretórios”. O reflexo mais pernicioso da propagação da cultura de ementas é a formação de um ciclo vicioso: se os tribunais superiores ditam os rumos do Direito, desde as Universidades até a vida prática do jurista será pautada em reproduzir o que aquelas cortes têm como “interpretação correta” de determinada questão jurídica. O espaço argumentativo para novas possibilidades hermenêuticas é praticamente nulo.

Outro problema decorrente dessa situação é o risco, tantas vezes já mencionado neste trabalho, de o direito passar a ser enxergado desvinculado de sua facticidade, como um produto técnico e científico, já que as decisões apenas reproduzem teses jurídicas, num processo de “encaixe” de sentidos entre o que foi decidido anteriormente e o que está sendo decidido agora.

Isso tudo acaba auxiliando a transformação do direito em uma prática baseada em discursos prévios de argumentação; o raciocínio jurídico já viria pronto ao julgador, como se fosse possível extrair, de um caso concreto, uma solução onipotente, apta a solucionar casos futuros que se mostrem análogos. O direito, assim, passa a sobreviver através da reprodução de standards, de meros enunciados desprovidos de conteúdo fático. Nas palavras de Lênio Streck: “As súmulas, assim como os ementários que (pre)dominam as práticas judiciárias, tem a pretensão de possuírem uma substância comum a todas “as demandas” (causas). Isso explica as razões pelas quais não mais discutimos causas no direito e, sim, somente teses. Essas teses – transformadas em super-enunciados – proporcionam “respostas antecipadas”. No fundo, trata-se de um “sonho” de que a interpretação do direito seja isomórfica”.

Superada a crítica, conclui-se da demonstração jurisprudencial que o confronto entre reincidência e confissão espontânea está longe de ter uma interpretação uníssona, tendo em vista o vasto acervo doutrinário e decisório para ambas as posições, restando ao acusado torcer ou rezar (dependendo de sua crença) para que seu processo seja julgado por uma das câmaras do Tribunal de Justiça e que o seu processo se encerre, no máximo, no Superior Tribunal de Justiça.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cerne para o desenvolvimento deste trabalho deu-se a partir do questionamento acerca da possibilidade, ou não, da compensação entre a reincidência e a confissão espontânea na segunda fase da aplicação da pena, a qual é objeto de entendimentos contrários nas duas principais cortes brasileiras, tendo em vista a abertura deixada pelo artigo 67 do Código Penal.

A tarefa que aqui se pretendeu cumprir tem impacto direto na pena aplicada dos condenados reincidentes, na maior parte das vezes com condenações em crimes patrimoniais ou de tráfico de drogas, que colaboram com a administração da justiça ao confessarem espontaneamente a prática do delito apurado.

O primeiro capítulo buscou demonstrar de forma crítica os aspectos gerais da pena na Constituição Federal e no Código Penal, abordando inicialmente os princípios fundamentais que a orbitam, especialmente o seu princípio norteador, o da individualização da pena, e, posteriormente, as três etapas da dosagem da reprimenda - mormente a segunda fase, em que são sopesadas as circunstâncias tema deste estudo - e seus elementos, conceituando-os, classificando-os e expondo sua mecânica de aplicação.

Já no segundo capítulo, procurou-se conceituar e destrinchar os elementos que envolvem a reincidência e a confissão espontânea, inclusive a (in)constitucionalidade daquela, para, enfim, tratar do foco central deste trabalho: a possibilidade de compensação entre as referidas circunstâncias quando do concurso de agravantes e atenuantes, por meio da análise da doutrina sobre o tema.

No capítulo derradeiro, aplicando os pressupostos estudados nos dois anteriores, procurou-se expor a forma com que o tema vem sendo encarado pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

A partir de todo o conjunto teórico apresentado, pude formular meu próprio entendimento acerca da temática, o qual se coaduna com a jurisprudência já pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça e pela doutrina mais progressista, no sentido da possibilidade da compensação entre a reincidência e a confissão espontânea, quando do confronto das duas circunstâncias na segunda fase da aplicação da pena.

Conforme já exposto neste trabalho, adoto a posição de que a reincidência é inconstitucional e inconcebível num Estado Democrático de Direito Republicano, assim como

o artigo 67 do Código Penal. No entanto, como ambos os institutos, por conta do positivismo exacerbado, continuam sendo aplicados no Brasil, posiciono-me a favor da compensação.

Com a devida vênia ao posicionamento sedimentado pela Corte Suprema, faz-se necessária uma breve manifestação acerca dos argumentos utilizados para manutenção do entendimento de que a reincidência prepondera sobre a confissão.

O Pretório Excelso, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 102.486, que serve de paradigma para seus julgamentos até hoje, sustenta que “a confissão é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal”.

Ora, a reincidência é circunstância subjetiva anterior ao crime, não possui nenhuma relação psíquica com o cometimento do delito e é tida como circunstância preponderante. Além disso, o fato de a confissão ser posterior ao crime não afasta a sua natureza subjetiva e sua relação com a personalidade do agente, haja vista que o condenado demonstra ciência do erro que cometeu e contribui com a elucidação do fato, o que, por si só, demonstra traços de boa personalidade.

Da mesma forma, em relação ao argumento levantado nos demais julgados do Supremo Tribunal Federal, de que o acusado pode ter confessado apenas para se valer dos benefícios processuais da confissão, tem-se que é impossível saber qual a verdadeira intenção do indivíduo ao confessar o crime. Em razão disso, nestes casos, a dúvida quanto à intenção deve militar a favor do acusado, conforme o princípio do *in dubio pro reo*, e, conseqüentemente, ser tida como uma confissão realizada com a finalidade de auxiliar a justiça na elucidação dos fatos, fazendo com que seja considerada circunstância preponderante no concurso de agravantes e atenuantes.

Ainda, argumenta-se na Corte Suprema que a confissão não se equipara a arrependimento e, por isso, não pode ser considerada parte da personalidade do agente. No entanto, sabe-se que não é necessário que o indivíduo se arrependa da prática do crime para que sua personalidade seja bem avaliada ao confessar. Isso porque, ainda que não se arrependa, o acusado, ao confessar, desfaz-se do seu direito fundamental de não se auto-incriminar e contribui para a elucidação do fato, demonstrando, deste modo, um traço positivo de sua personalidade, ainda que não tenha se arrependido da conduta.

Na verdade, tais visões demonstram um tratamento diferenciado ao reincidente, por conta de seu rótulo de “criminoso”, abordagem comum do Direito Penal do inimigo.

Em relação ao princípio de não auto-incriminação, é salutar transcrever parte da fundamentação do Ministro Ayres Britto, do Superior Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* n.

101.909, único registro de manifestação do Pretório Excelso pela possibilidade de compensação entre as circunstâncias:

Na busca por uma consistente resposta, lembro que a Constituição Federal assegura aos presos o direito ao silêncio: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (inciso LXIII do art. 5º). Nessa mesma linha de orientação, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de São José da Costa Rica) institucionaliza o princípio da “não-auto-incriminação” (*nemotetur se detegere*).

Confira-se:

“Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

[...]

g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

(Artigo 8, 2, g.)

7. Esse direito subjetivo de não se auto-incriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não-culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal). A revelar, primeiro, que o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégia oportuna de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado (STF, *Habeas Corpus* n. 101.909, de Minas Gerais, rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012).

Além disso, conforme recorda o Ministro Sebastião Reis Júnior no Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.154.752, do Rio Grande do Sul, acórdão paradigma para consolidação do entendimento na Corte Cidadã, caso a reincidência prepondere, seria mais vantajoso ao acusado reincidente não confessar o crime, uma vez que a confissão apenas o prejudicaria.

Ademais, com base no princípio da individualização da pena, é de bom alvitre assinalar que soa irrazoável que, em condições de igualdade, um indivíduo reincidente que confessa o crime receba a mesma pena daquele reincidente que não confessa o cometimento do crime, tendo em vista que aquele contribuiu com a administração da justiça, com a celeridade processual, além de ter demonstrado um toque de reconhecimento de que seu ato criminoso prejudicou a vítima e/ou a sociedade.

Assim, resta claro que a confissão espontânea é circunstância atenuante relacionada à personalidade do agente e, por isso, deve prevalecer sobre as agravantes comuns e se compensar com as preponderantes, como a reincidência.

Por fim, extrai-se como lição obtida com a presente monografia, a necessidade de se repensar e reformular o atual sistema penal, especialmente no que tange à reincidência, para que somente então se possa alcançar o tão sonhado modelo de direito penal democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAIGENT, Michael. LEIGH, Richard. **A inquisição**. São Paulo: Imago, 2001.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – Parte Geral 1- 19. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2012.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6ª Edição, revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BOZZA, Fabio da Silva. Teorias da pena: **Do discurso jurídico à crítica criminológica**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. **Decreto-lei 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 10 out. 2015

BRASIL. **Decreto-lei 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 02 out. 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. **Acórdão em Habeas Corpus n. 100835/SP**. Sandro Máximo Vilela e Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Ayres Britto. J. em 27 abril 2010. P. DJe em 28 maio 2010. Disponível em<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611767>>. Acesso em 02 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **Acórdão em Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 127382/MG**. Alessandro Quintino e Ministério Público Federal. Relator Ministro Teori Zavascki. J. em 05 maio 2015. P. DJe em 19 maio 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8511121>>. Acesso em 03 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. **Acórdão em Habeas Corpus n. 102486/MS**. Paulo Cesar de Souza e Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Carmem Lúcia. J. em 06 abril 2010. P. DJe em 21 maio 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611563>>. Acesso em 05 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **Acórdão em Habeas Corpus n. 101909/MG**. Davi Gonçalves de Freitas e Superior Tribunal de Justiça. Relator Ayres Britto. J. em 28 fev. 2012. P. DJe em 19 junho 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2193156>>. Acesso em 05 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. **Acórdão em Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 110727/DF**. Deassis Alves da Costa Sobrinho e Ministério Público Federal. Relator Ministro Dias Toffoli. J. em 17 abril 2012. P. DJe em 10 maio 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1979518>>. Acesso em 05 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. **Acórdão em Habeas Corpus n. 105543/MS**. Anderson Fermino Alves e Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Roberto Barroso. J. em 29 abril 2014. P. DJe em 27 maio 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5947577>>. Acesso em 06 nov 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **Acórdão em Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 120677/SP**. Dayse Luciana Calavrese e Ministério Público Federal. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. J. em 18 mar. 2014. P. DJe em 02 abril 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5560250>>. Acesso em 06 nov. de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma. **Acórdão em Habeas Corpus n. 304903/SP**. Ilton Pereira da Silva e Tribunal de Justiça de São Paulo. Relatora Ministra Maria Thereza Assis de Moura. J. em 05 maio 2015. P. DJe em 13 maio 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=140922&num_registro=201402441735&data=20150513&formato=PDF>. Acesso em 03 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. **Acórdão em Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1198354/ES**. José Sydney Riva e Ministério Público Federal. Relator Ministro Jorge Mussi. J. em 16 out. 2014. P. DJe em 28 out. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1357707&num_registro=201001075734&data=20141028&formato=PDF>. Acesso em 03 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma. **Acórdão em Habeas Corpus n. 229489/RJ**. Milton Júlio da Silva Júnior e Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator Ministro Vasco Della Giustina. J. em 29 mar. 2012. P. DJe em 11 abril 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=>

1135172&num_registro=201103108917&data=20120411&formato=PDF>. Acesso em 07 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. **Acórdão em Habeas Corpus n. 178781/DF**. Luís Roberto Ribeiro e Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Relatora Ministra Laurita Vaz. J. em 17 abril 2012. P. DJe em 27 abril 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1138796&num_registro=201001264023&data=20120427&formato=PDF>. Acesso em 07 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Seção. **Acórdão em Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.154.752/RS**. Maichel Andrade e Ministério Público do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. J. em 23 maio 2012. P. DJe em 04 set. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1136632&num_registro=201001499899&data=20120904&formato=PDF>. Acesso em 07 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. **Acórdão em Habeas Corpus n. 327779/SP**. Peterson Danilo Castor e Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. J. em 15 out. 2015. P. DJe em 21 out. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1454132&num_registro=201501472567&data=20151021&formato=PDF>. Acesso em nov. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Primeira Câmara Criminal. **Acórdão em Apelação Criminal n. 2015.031270-5**. Airton Prudêncio de Oliveira e Ministério Público de Santa Catarina. Relator Desembargador Luiz Cesar Schweitzer. J em 29 set. 2015. P. DJe em 29 set. 2015. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000UNZ90000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=8567904&pdf=true>>. Acesso em 08 nov. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Terceira Câmara Criminal. **Acórdão em Apelação Criminal n.2015.047303-4**. Amilton de Souza, José Ludeci Becker e Ministério Público de Santa Catarina. Relator Desembargador Ernani Guetten de Almeida. J. em 20 out. 2015. P. DJe. em 20 out. 2015. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000V7BY0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=8576387&pdf=true>>. Acesso em 08 nov. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Segunda Câmara Criminal. **Acórdão em Apelação Criminal n. 2014.086917-7**. Laerte Junior Amador da Silva e Ministério Público de Santa Catarina. Relator Desembargador Volnei Celso Tomazini. J. em 13 out. 2015. P. DJe. em 13 out. 2015. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000TESQ0000&nuSeqPr>

ocessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=8557185&pdf=true>. Acesso em 08 nov. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Quarta Câmara Criminal. **Acórdão em Apelação Criminal n. 2015.031275-0**. Deyvid Altair Ignácio e Ministério Público de Santa Catarina. Relator Desembargador Rodrigo Collaço. J. em. 09 jul. 2015. P. DJe. em 12 jul. 2015. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000UO0B0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=8288685&pdf=true>>. Acesso em 08 nov. 2015.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed.ampl. Ri de Janeiro: Lumen Juris, 2004

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1.

COLLE, Juliana de Andrade. **Crítérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) na dosimetria da pena**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 572, 30 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6232>>. Acesso em 22 out. 2015.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. ed., rev. por Fernando Fragoso. – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Agravantes e atenuantes: preponderância das circunstâncias subjetivas. Críticas**. Disponível em <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100824185616901>. 31 de agosto de 2010. Acesso em 03 nov. 2015.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5 ed. rev. ampl. Ed atual. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MACHADO, Vinícius. **Individualização da pena: o mito da punição humanizada**. Florianópolis: Modelo, 2010.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O novo enunciado da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e aplicação da pena.** Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/o-novo-enunciado-da-sumula-do-superior-tribunal-de-justica-e-a-aplicacao-da-pena-por-romulo-de-andrade-moreira/>>. 25 de outubro de 2015. Acesso em 31 out. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena.** 6ª Edição, revisada, atualizada e ampliada – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 11ª Edição, revista, atualizada e ampliada – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal.** 2ª Edição, revista e atualizada – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRADO, Luiz Regis do. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral – arts. 1º ao 120.** 9 ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal - Parte Geral.** 5ª Edição. Editora Lumen Iuris, 2008.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros.** 2ª Edição, revista e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes.** Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/1203/0%20-%202004%20Alexandre%20Rosa%204.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 27 out. 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal – Parte Geral – 2. ed. – Florianópolis;** Conceito Editorial, 2012.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das Decisões Judiciais: A crise na construção de respostas no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salmoão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da Pena.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SICA, Leonardo; FERREIRA, Luísa Moraes Abreu. **Aplicação da pena: confissão e reincidência.** Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 101, n. 925, pp. 453-467, nov. 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral – 9. ed. rev. e atual. – Florianópolis;** Revista dos Tribunais, 2015.