

O NOVO ENUNCIADO DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A APLICAÇÃO DA PENA

O Superior Tribunal de Justiça acaba de publicar o Enunciado 545 com o seguinte teor: *“Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.”*

Este Enunciado que, à primeira vista pode ser visto como desnecessário, tendo em vista os termos e a clareza do dispositivo da lei penal, é importante para dirimir de uma vez por todas a velha discussão acerca da possibilidade da diminuição da pena aquém do mínimo. Este novo Enunciado **“revoga” o anterior** (o de nº. 231), que feria o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5º., XLVI, da Constituição da República. Segundo este Verbete, agora superado, *“a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”* Ora, se há uma nova norma jurídica estabelecendo peremptoriamente que o réu **“fará jus”** (ou seja, terá direito) a esta atenuante, conclui-se que, efetivamente, **a confissão sempre diminuirá a sanção penal**, tal como, aliás, estabelece o caput do art. 65 do Código Penal.

A propósito, **Luiz Luisi**, escreveu que

“o processo de individualização da pena se desenvolve em três momentos complementares: o legislativo, o judicial, e o executório ou administrativo. Tendo presente as nuances da espécie concreta e uma variedade de fatores que são especificamente previstas pela lei penal, o juiz vai fixar qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar o seu quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado para o tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução.”

Aplicada a sanção penal pela individualização judiciária, a mesma vai ser efetivamente concretizada com sua execução. Esta fase da individualização da pena tem sido chamada **individualização administrativa**. Outros preferem chamá-la de **individualização executória**. Esta denominação parece mais adequada, pois se trata de matéria regida pelo princípio da legalidade e de competência da autoridade judiciária, e que implica inclusive o exercício de funções marcadamente jurisdicionais.

“(…) “Relevante, todavia no tratamento penitenciário em que consiste a individualização da sanção penal são os objetivos que com ela se pretendem alcançar. Diferente será este tratamento se ao invés de se enfatizar os aspectos retributivos e aflitivos da pena e sua função intimidatória, se por como finalidade principal da

sanção penal o seu aspecto de ressocialização. E, vice-versa. De outro lado se revela atuante o subjetivismo criminológico, posto que na individualização judiciária, e na executória, o concreto da pessoa do delinqüente tem importância fundamental na sanção efetivamente aplicada e no seu modo de execução.” [1]

Luis Miguel Reyna Alfaro[2], afirma que

“la individualización judicial de la pena a imponer, es uno de los más importantes aspectos que deben ser establecidos por los tribunales al momento de expedir sentencia. Sostienen por ello con absoluta razón ZAFFARONI/ ALAGIA/ SLOKAR que la individualización judicial de la pena debe servir para ‘contener la irracionalidad del ejercicio del poder punitivo’. Este proceso de individualización judicial de la pena es ciertamente un proceso distinto y posterior al de determinación legal de la misma que es realizado por el legislador al momento de establecer normativamente la consecuencia jurídica. Esta distinción es importante porque nos permite marcar la diferencia –a la que recurriremos posteriormente- entre ‘pena abstracta’ y ‘pena concreta’. La primera está relacionada a la pena determinada legalmente por el legislador en el proceso de criminalización primaria, mientras la segunda se refiere a la pena ya individualizada por el operador de justicia penal, dentro del proceso de criminalización secundaria. Adicionalmente, ésta distinción ‘pena abstracta- pena concreta’ sirve para comprender que el proceso de individualización judicial de la pena es un mecanismo secuencial que pasa, en primer lugar, por establecer cuál es la pena establecida por el legislador para, en segundo lugar y sobre esos márgenes, establecer la aplicable al caso concreto y la forma en que la misma será impuesta. (...) Como se indicó anteriormente, el proceso de individualización judicial de la pena debe necesariamente encontrarse vinculado a los fines de la pena, lo que obliga a introducirnos al inacabable debate sobre el fin de la pena.”

Neste mesmo sentido, **Rodríguez Devesa**[3]:

“pueden distinguirse tres fases en el proceso de determinación de la pena aplicable: individualización legal; individualización judicial e individualización penitenciaria.”

E não se diga que, usando o mesmo raciocínio, estaríamos concordando com a aplicação de agravantes para aumentar a pena além do máximo legal, já que também consta do art. 61 do Código Penal (quando a lei elenca as circunstâncias que agravam a pena), o **vocabulo “sempre”**. Tal afirmativa soa estranho à luz do **Princípio do Favor Rei ou Princípio do Favor Libertatis**. Tal princípio deve ser observado em toda e qualquer interpretação das normas penais.

Lembro, com **Giuseppe Bettiol**, que em uma

*“determinada óptica, o princípio do favor rei é o princípio base de toda a legislação penal de um Estado inspirado, na sua vida política e no seu ordenamento jurídico, por um critério superior de liberdade. Não há, efetivamente, Estado autenticamente livre e democrático em que tal princípio não encontre acolhimento. É uma constante das articulações jurídicas de semelhante Estado, um empenho no **reconhecimento da liberdade e autonomia da pessoa humana**. No conflito entre o **jus puniendi** do Estado por um lado e o **jus libertatis** do arguido por outro, a balança deve inclinar-se a favor deste último se se quer assistir ao triunfo da liberdade.”* [4]

Ademais, como o Enunciado não distinguiu e, evidentemente, o intérprete e o julgador não poderão fazê-lo (ainda mais contra o réu), a **confissão imporá a atenuação da pena ainda que tenha sido feita na fase da investigação preliminar** (ou seja, extrajudicialmente). Neste sentido, veja-se o que ficou consignado no **juízo do Habeas Corpus nº. 91654**, pelo Supremo Tribunal Federal, cujo relator foi o Ministro Carlos Ayres Britto, quando se afirmou que *“em momento algum o réu ofereceu versão fantasiosa ou apresentou versão que dificultasse curso do processo”*. Neste caso, *“o acusado confessou com detalhes, esclarecendo tempo, modo e lugar, inclusive a participação dos demais acusados e as provas confirmaram o testemunho inicial do réu”*, disse o Ministro.

Para o relator, a confissão do réu ajudou, sim, a **formar a convicção dos julgadores**, uma vez que ajudou na investigação policial, por narrar detalhadamente toda a empreitada. O entendimento de que *a confissão só é capaz de reduzir a pena se for base da condenação, é inviável*, frisou o Ministro, uma vez que o sistema jurídico brasileiro impede condenação fundamentada apenas na confissão do acusado. *“O valor probatório da confissão deve ser confrontado com provas periciais e outras provas colhidas nos autos”*, esclareceu o relator, que votou pela concessão da ordem. Outrossim, ainda que parcial, a confissão não pode ser ignorada como atenuante.

Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao conceder Habeas Corpus para reduzir a pena de um réu condenado por roubo de celular no Rio de Janeiro. Seguindo o voto do relator, Ministro Rogério Schietti Cruz, a 6ª. Turma entendeu que *se houve confissão (total ou parcial, qualificada ou não), e se isso foi considerado pelo juiz para embasar a condenação, a atenuante deve ser usada no cálculo da pena*. No caso, o réu foi condenado a quatro anos e oito meses de prisão, em regime inicial fechado. O juiz não considerou a confissão porque o réu teria apenas admitido que “pediu” o telefone à vítima, sem ameaçá-la, dizendo a frase “perdeu o telefone” — gíria utilizada em roubos. No entanto, essa informação ajudou a condená-lo. A defesa apelou ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, onde conseguiu o reconhecimento da tentativa, fixando-se a pena em 3 anos, 1 mês e 10 dias.

Segundo o Ministro Schietti, o Superior Tribunal de Justiça entende que, **se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar as provas e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no artigo 65, inciso III, d, do Código Penal**, “sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação”. O relator verificou que a confissão contribuiu para a comprovação da autoria do roubo e que o benefício da atenuante foi afastado porque, embora o acusado tenha confirmado a subtração do celular, ele negou ter feito ameaça à vítima. (Habeas Corpus nº. 282.572).

No mesmo sentido: Habeas Corpus nº. 99436, Habeas Corpus nº. 69479 (ambos do Supremo Tribunal Federal) e o Habeas Corpus nº. 202.394/RJ (do Superior Tribunal de Justiça). Por fim, uma **última ressalva**: não concordo com o novo Verbete no que toca à exigência, para o reconhecimento da atenuante genérica, de que a confissão tenha sido utilizada para a formação do convencimento do julgador, pois “*confissão é confissão*”, não importa se o julgador a tenha ou não valorado como prova no julgamento do caso penal. Se não se quer aplicar a atenuante genérica prevista no art. 65 do Código Penal, por amor ao Enunciado (e a um positivismo absurdo e do século passado), que se aplique então o disposto no art. 66, atenuando-se obrigatoriamente a pena.

Notas e Referências:

[1] Os Princípios Constitucionais Penais, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 37 e segs.

[2] “La individualización judicial de la pena. Especial referencia al artículo 46 CP peruano”, encontrado no site www.eldial.com – 13 de junho de 2005.

[3] Apud Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, “Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal”, Madri: Editorial Colex, 1990, p. 30.

[4] Instituições de Direito e Processo Penal, Coimbra: Editora LDA, 1974, p. 295. Tradução para o português de Manuel da Costa Andrade.

Rômulo de Andrade Moreira

Procurador de Justiça - MP/BA e Professor de Processo Penal

Procurador de Justiça na Bahia (Garantista). Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS e em diversas faculdades em Cursos de Opos-Graduação. Pós-graduado pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Autor de várias obras (ver no link "Livros Publicados") e palestrante na Bahia e no Brasil.