

RECURSO ESPECIAL Nº 1.972.098 - SC (2021/0369790-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**
RECORRIDO : **MARCOS ROBERTO LUZ**
RECORRIDO : **SAMUEL VANDERLEI MACHADO KUSTER**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA 545/STJ. PRETENDIDO AFASTAMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO, QUANDO NÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, ISONOMIA E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 65, III, "D", DO CP. PROTEÇÃO DA CONFIANÇA (*VERTRAUENSCHUTZ*) QUE O RÉU, DE BOA-FÉ, DEPOSITA NO SISTEMA JURÍDICO AO OPTAR PELA CONFISSÃO. PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O Ministério Público, neste recurso especial, sugere uma interpretação *a contrario sensu* da Súmula 545/STJ para concluir que, quando a confissão não for utilizada como um dos fundamentos da sentença condenatória, o réu, mesmo tendo confessado, não fará jus à atenuante respectiva.

2. Tal compreensão, embora esteja presente em alguns julgados recentes desta Corte Superior, não encontra amparo em nenhum dos precedentes geradores da Súmula 545/STJ. Estes precedentes instituíram para o réu a garantia de que a atenuante incide mesmo nos casos de confissão qualificada, parcial, extrajudicial, retratada, etc. Nenhum deles, porém, ordenou a exclusão da atenuante quando a confissão não for empregada na motivação da sentença, até porque esse tema não foi apreciado quando da formação do enunciado sumular.

3. O art. 65, III, "d", do CP não exige, para sua incidência, que a confissão do réu tenha sido empregada na sentença como uma das razões da condenação. Com efeito, o direito subjetivo à atenuação da pena surge quando o réu confessa (momento constitutivo), e não quando o juiz cita sua confissão na fundamentação da sentença condenatória (momento meramente declaratório).

4. Viola o princípio da legalidade condicionar a atenuação da pena à citação expressa da confissão na sentença como razão decisória, mormente porque o direito subjetivo e preexistente do réu não pode ficar disponível ao arbítrio do julgador.

5. Essa restrição ofende também os princípios da isonomia e da individualização da pena, por permitir que réus em situações processuais idênticas recebam respostas divergentes do Judiciário, caso a sentença condenatória de um deles elenque a confissão como um dos pilares da condenação e a outra não o faça.

6. Ao contrário da colaboração e da delação premiadas, a atenuante da confissão não se fundamenta nos efeitos ou facilidades que a admissão dos fatos pelo réu eventualmente traga para a apuração do crime (dimensão prática), mas sim no senso de responsabilidade pessoal do acusado, que é característica de sua personalidade, na forma do art. 67 do CP (dimensão psíquico-moral).

Superior Tribunal de Justiça

7. Conseqüentemente, a existência de outras provas da culpabilidade do acusado, e mesmo eventual prisão em flagrante, não autorizam o julgador a recusar a atenuação da pena, em especial porque a confissão, enquanto espécie *sui generis* de prova, corrobora objetivamente as demais.

8. O sistema jurídico precisa proteger a confiança depositada de boa-fé pelo acusado na legislação penal, tutelando sua expectativa legítima e induzida pela própria lei quanto à atenuação da pena. A decisão pela confissão, afinal, é ponderada pelo réu considerando o *trade-off* entre a diminuição de suas chances de absolvição e a expectativa de redução da reprimenda.

9. É contraditória e viola a boa-fé objetiva a postura do Estado em garantir a atenuação da pena pela confissão, na via legislativa, a fim de estimular que acusados confessem; para depois desconsiderá-la no processo judicial, valendo-se de requisitos não previstos em lei.

10. Por tudo isso, o réu fará jus à atenuante do art. 65, III, "d", do CP quando houver confessado a autoria do crime perante a autoridade, independentemente de a confissão ser utilizada pelo juiz como um dos fundamentos da sentença condenatória.

11. Recurso especial desprovido, com a adoção da seguinte tese: “o réu fará jus à atenuante do art. 65, III, 'd', do CP quando houver admitido a autoria do crime perante a autoridade, independentemente de a confissão ser utilizada pelo juiz como um dos fundamentos da sentença condenatória, e mesmo que seja ela parcial, qualificada, extrajudicial ou retratada”.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de junho de 2022 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.972.098 - SC (2021/0369790-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**
RECORRIDO : **MARCOS ROBERTO LUZ**
RECORRIDO : **SAMUEL VANDERLEI MACHADO KUSTER**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, no qual se insurge contra acórdão proferido pelo TJ/SC no julgamento de embargos infringentes, assim ementado:

"EMBARGOS INFRINGENTES. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO TENTADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 157, §2º, INCISOS I E II, NA FORMA DO ART. 14, INCISO II DO CP E ART. 14, CAPUT, DA LEI 10.826/03). ACÓRDÃO NÃO UNÂNIME EM APELAÇÃO CRIMINAL QUE MANTEVE A CONDENAÇÃO. VOTO VENCIDO QUE RECONHECIA A INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 193 DO REGIMENTO INTERNO DESTA TRIBUNAL, POR BENEFÍCIO AOS EMBARGANTES, PREVALECENDO O VOTO DIVERGENTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO POR MAIORIA. NOS TERMOS DA JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: 'A INCIDÊNCIA DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, INCISO III, ALÍNEA D, DO CÓDIGO PENAL INDEPENDE SE A CONFISSÃO FOI INTEGRAL, PARCIAL, QUALIFICADA, MERAMENTE VOLUNTÁRIA, CONDICIONADA, EXTRAJUDICIAL OU POSTERIORMENTE RETRATADA, QUANDO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO' (HC 480.489/SC, DJE 03/04/2019). IN CASU, MUITO EMBORA A RESSALVA DO MAGISTRADO SENTENCIANTE, DE QUE '[...] AS DECLARAÇÕES DO RÉU NÃO FORAM UTILIZADAS COMO ELEMENTO DE PROVA PARA FORMAÇÃO DO JUÍZO CONDENATÓRIO [...]', A ATENUANTE DEVERÁ INCIDIR NO CÁLCULO DA DOSIMETRIA DA PENA PELO SIMPLES FATO DE OS APELANTES TEREM COLABORADO COM A ELUCIDAÇÃO DA AUTORIA" (e-STJ, fls. 2.593-2.597).

Na origem, o *Parquet* denunciou os recorridos (e-STJ, fls. 822-827) pelos delitos de roubo tentado, associação criminosa e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Saliento que – e esse detalhe será crucial para a resolução da controvérsia –, em seu interrogatório judicial, um dos denunciados confessou a autoria delitiva, como registra a sentença (e-STJ, fls. 618-619).

Na primeira instância, o juízo singular condenou parte dos acusados pelo crime de roubo, absolvendo-os quanto às demais imputações (e-STJ, fls. 613-634), sem aplicar a nenhum deles a atenuante do art. 65, III, "d", do CP. Para o magistrado, a confissão não foi decisiva para

Superior Tribunal de Justiça

a elucidação da autoria, que já restava demonstrada pelas demais provas dos autos e, dessarte, não foi demonstrada ou reforçada pela admissão dos fatos por parte do réu.

Interpostas apelações por acusação e defesas, o Tribunal local proveu a do Ministério Público, para condenar o réu SAMUEL pelo crime de porte ilegal de arma de fogo e elevar as penas de todos os acusados; já os apelos defensivos foram rejeitados, por maioria, havendo divergência quanto à atenuante da confissão espontânea.

Amparada no art. 609, parágrafo único, do CPP, a Defensoria Pública manejou embargos infringentes, buscando a aplicação do art. 65, III, "d", do CP, acolhidos pelo acórdão cuja ementa transcrevi acima e que é, agora, atacado pelo *Parquet*.

Em suas razões recursais (e-STJ, fls. 2.613-2.635), a parte recorrente suscita dissídio jurisprudencial e violação do art. 65, III, "d", do CP. Aduz para tanto, em síntese, que a atenuante da confissão somente incidiria nos casos em que a admissão dos fatos pelo réu contribuisse para a condenação, sendo expressamente citada pelo juízo sentenciante como um dos fundamentos do decreto condenatório. Propondo uma interpretação *a contrario sensu* da Súmula 545/STJ, entende que tal situação não se verificou na hipótese dos autos, em que a confissão foi qualificada e não serviu para fundamentar a sentença, tendo o magistrado afirmado que se baseou nas outras provas – e não na confissão – para a formação de sua convicção.

Pede, ao final, o provimento do recurso especial, "para que seja afastada a aplicação da atenuante da confissão espontânea reconhecida em relação ao recorrido, readequando-se a reprimenda imposta" (e-STJ, fl. 2.635).

A defesa apresentou contrarrazões (e-STJ, fls. 2.658-2.663), nas quais aponta a incidência das Súmulas 7 e 83/STJ e postula a confirmação dos fundamentos do acórdão recorrido.

Admitido o recurso especial na origem (e-STJ, fls. 2.687-2.692), os autos foram remetidos a esta Corte Superior, ao que se seguiu a prolação de parecer ministerial pelo parcial conhecimento e, nesta extensão, desprovimento do recurso, em parecer com a seguinte ementa:

"RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS INFRINGENTES. APELAÇÃO. ROUBO MAJORADO TENTADO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CONFISSÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 65, III, D, DO CP E DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.

- Acórdão paradigma não guarda semelhança com o que foi exposto no acórdão recorrido, que consignou expressamente que a confissão do recorrido colaborou com a elucidação da autoria.

- Mesmo na hipótese de confissão qualificada, deve incidir o art. 65, III, d, do CP, se de alguma forma amparou elemento de convicção do julgador. Pelo parcial conhecimento e, nessa parte, não provimento".

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.972.098 - SC (2021/0369790-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**
RECORRIDO : **MARCOS ROBERTO LUZ**
RECORRIDO : **SAMUEL VANDERLEI MACHADO KUSTER**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA 545/STJ. PRETENDIDO AFASTAMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO, QUANDO NÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, ISONOMIA E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 65, III, "D", DO CP. PROTEÇÃO DA CONFIANÇA (*VERTRAUENSCHUTZ*) QUE O RÉU, DE BOA-FÉ, DEPOSITA NO SISTEMA JURÍDICO AO OPTAR PELA CONFISSÃO. PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O Ministério Público, neste recurso especial, sugere uma interpretação *a contrario sensu* da Súmula 545/STJ para concluir que, quando a confissão não for utilizada como um dos fundamentos da sentença condenatória, o réu, mesmo tendo confessado, não fará jus à atenuante respectiva.
2. Tal compreensão, embora esteja presente em alguns julgados recentes desta Corte Superior, não encontra amparo em nenhum dos precedentes geradores da Súmula 545/STJ. Estes precedentes instituíram para o réu a garantia de que a atenuante incide mesmo nos casos de confissão qualificada, parcial, extrajudicial, retratada, etc. Nenhum deles, porém, ordenou a exclusão da atenuante quando a confissão não for empregada na motivação da sentença, até porque esse tema não foi apreciado quando da formação do enunciado sumular.
3. O art. 65, III, "d", do CP não exige, para sua incidência, que a confissão do réu tenha sido empregada na sentença como uma das razões da condenação. Com efeito, o direito subjetivo à atenuação da pena surge quando o réu confessa (momento constitutivo), e não quando o juiz cita sua confissão na fundamentação da sentença condenatória (momento meramente declaratório).
4. Viola o princípio da legalidade condicionar a atenuação da pena à citação expressa da confissão na sentença como razão decisória, mormente porque o direito subjetivo e preexistente do réu não pode ficar disponível ao arbítrio do julgador.
5. Essa restrição ofende também os princípios da isonomia e da individualização da pena, por permitir que réus em situações processuais idênticas recebam respostas divergentes do Judiciário, caso a sentença condenatória de um deles elenque a confissão como um dos pilares da condenação e a outra não o faça.
6. Ao contrário da colaboração e da delação premiadas, a atenuante da confissão não se fundamenta nos efeitos ou facilidades que a admissão dos fatos pelo réu eventualmente traga para a apuração do crime (dimensão prática), mas sim no senso de responsabilidade pessoal do acusado, que é característica de sua personalidade, na forma do art. 67 do CP (dimensão psíquico-moral).
7. Consequentemente, a existência de outras provas da culpabilidade do acusado,

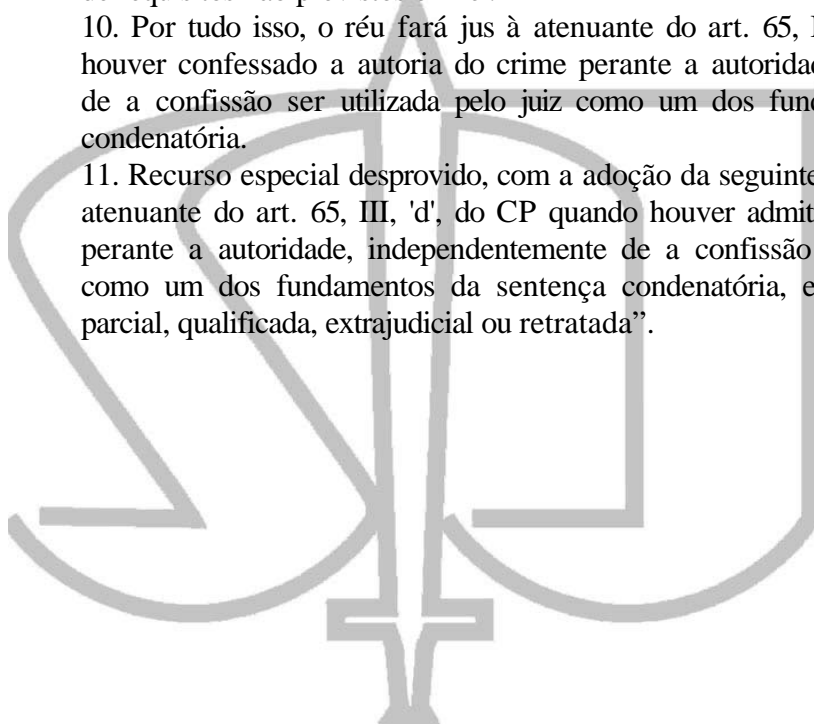
e mesmo eventual prisão em flagrante, não autorizam o julgador a recusar a atenuação da pena, em especial porque a confissão, enquanto espécie *sui generis* de prova, corrobora objetivamente as demais.

8. O sistema jurídico precisa proteger a confiança depositada de boa-fé pelo acusado na legislação penal, tutelando sua expectativa legítima e induzida pela própria lei quanto à atenuação da pena. A decisão pela confissão, afinal, é ponderada pelo réu considerando o *trade-off* entre a diminuição de suas chances de absolvição e a expectativa de redução da reprimenda.

9. É contraditória e viola a boa-fé objetiva a postura do Estado em garantir a atenuação da pena pela confissão, na via legislativa, a fim de estimular que acusados confessem; para depois desconsiderá-la no processo judicial, valendo-se de requisitos não previstos em lei.

10. Por tudo isso, o réu fará jus à atenuante do art. 65, III, "d", do CP quando houver confessado a autoria do crime perante a autoridade, independentemente de a confissão ser utilizada pelo juiz como um dos fundamentos da sentença condenatória.

11. Recurso especial desprovido, com a adoção da seguinte tese: “o réu fará jus à atenuante do art. 65, III, 'd', do CP quando houver admitido a autoria do crime perante a autoridade, independentemente de a confissão ser utilizada pelo juiz como um dos fundamentos da sentença condenatória, e mesmo que seja ela parcial, qualificada, extrajudicial ou retratada”.



VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

I – Admissibilidade recursal e delimitação da controvérsia

Atendidos os pressupostos de admissibilidade genéricos e aqueles específicos do recurso especial, dele conheço.

No mérito, a questão apresentada a esta Corte Superior diz respeito à correta interpretação do art. 65, III, "d", do CP, em conjunto com a Súmula 545/STJ, aprovada por nossa Terceira Seção nestes termos:

"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".

Para o Ministério Público, uma leitura *a contrario sensu* do enunciado sumular levaria à conclusão de que, se o magistrado não elencar a confissão como um dos fundamentos da condenação, na motivação da sentença, o réu não fará jus à atenuante respectiva, mesmo que tenha efetivamente confessado. Afinal, a Súmula diz que a atenuante incidirá "quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador", de forma que se o magistrado não considerar a confissão decisiva para a construção da condenação (ou mesmo se, por lapso, não a listar como um de seus fundamentos), não terá aplicação a atenuante.

O acórdão recorrido, ao revés, coloca o foco sobre a postura do acusado: se este confessou, sua admissão dos fatos corrobora a imputação que lhe foi feita, ainda que seja possível recorrer às demais provas dos autos para fundamentar a condenação. Logo, o réu deverá ter sua pena atenuada, na segunda fase da dosimetria.

Registro que há julgados deste STJ que se posicionam no sentido proposto pelo ora recorrente, valendo-se inclusive dos mesmos argumentos apresentados pelo *Parquet*, do que fazem exemplo os seguintes arestos:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE EXCESSO NA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PROPORCIONALIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CONFISSÃO NÃO USADA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO.

[...]

Não procede o pedido de reconhecimento da atenuante de confissão, já que ficou expresso no julgado que a confissão não serviu de base ao convencimento do Juiz para a condenação, pois outras provas dos autos foram levadas em consideração.

[...]

2. Agravo regimental improvido".

(AgRg no HC 721.032/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 05/04/2022, DJe 11/04/2022)

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.

NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CULPABILIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REPROVABILIDADE DA CONDUTA QUE EXCEDE O TIPO PENAL. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DESCABIMENTO. ATENUANTE NÃO UTILIZADA PARA LASTREAR O DECRETO CONDENATÓRIO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

VI – Inviável a aplicação da atenuante confissão espontânea, tendo em vista que in casu, a confissão do paciente não foi utilizada para lastrear a condenação. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido".

(HC 488.373/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 19/03/2019, DJe 26/03/2019)

Penso, porém, que é oportuno convidar os eminentes pares a uma releitura sobre o tema, com a finalidade de adequar nossa interpretação a certos postulados do processo penal que, em minha visão, não foram abordados quando da formação do entendimento jurisprudencial que referi acima. Em resumo, minha proposta é a de que basta a existência de uma confissão perante a autoridade, devidamente documentada nos autos, para que incida a atenuante do art. 65, III, "d", do CP – atendo-me aos exatos termos do texto legal –, independentemente de o juiz valer-se da confissão como um dos motivos para condenar o réu.

É o que passo a detalhar agora.

II – Fundamentação jurisprudencial da Súmula 545/STJ

O art. 65, III, "d", do CP proclama que uma das circunstâncias que "sempre atenuam a pena" é "ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime". Sem embargo da aparentemente simples redação legal, a práxis forense trouxe situações heterogêneas que caminham nos limites do texto normativo. O que fazer, por exemplo, quando o acusado confessa a prática de apenas parte das elementares típicas, negando as demais, mas sua admissão parcial já influencia psicicamente o magistrado? Ou quando o réu atrela à confissão uma tese exculpatória, mas o juiz o condena rejeitando a argumentação defensiva discriminante?

Tais perguntas, hoje já respondidas, permearam a atividade pretoriana por décadas, até a pacificação da jurisprudência deste STJ sobre o tema com a edição da Súmula 545/STJ. Na realidade, considerando a frequência com que provemos recursos especiais para reconhecer a atenuante em processos envolvendo confissões parciais ou qualificadas, pode-se dizer que o tema continua a despertar controvérsias em muitos dos Tribunais locais de nosso país. De todo modo, é uníssona a solução que esta Corte Superior dá à questão: "a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha a dela se retratar, quando a manifestação for utilizada para motivar a sua condenação" (AgRg no AgRg no HC n. 700.192/SC, relator OLINDO MENEZES (desembargador Convocado do TRF da 1ª Região), Sexta Turma, DJe de 21/2/2022).

Concordo integralmente com essas conclusões e não sugiro sua modificação neste voto.

O próprio histórico jurisprudencial que culminou na edição da Súmula 545/STJ demonstra que a finalidade do enunciado sumular (e da orientação jurisprudencial da qual nasceu)

Superior Tribunal de Justiça

era a de proteger o réu contra a desconsideração de sua confissão na dosimetria da pena, caso tivesse admitido os fatos apenas parcialmente ou de maneira qualificada, ou mesmo se houvesse retratação da confissão primeva. Isso porque, não raro, os magistrados valiam-se justamente dessa admissão do acusado para condená-lo, negando-lhe, porém, os benefícios respectivos na fixação da pena.

É com essa lente que deve ser interpretada a expressão "quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador", constante no teor da Súmula 545/STJ. Trata-se de uma *garantia* em favor do acusado, para evitar o comportamento contraditório do juiz que, no momento de condenar o réu, não dirige nenhuma censura ao teor de sua confissão, mas o faz ao dosar a pena, para afastar a atenuante do art. 65, III, "d", do CP por ser a confissão parcial, qualificada, retratada etc.

Com efeito, examinei a integralidade de todos os precedentes que deram esboço à edição da Súmula 545/STJ, indicados por nossa eficiente Secretaria de Jurisprudência, e verifiquei que os referidos julgados não instituíram um requisito textual para o reconhecimento da atenuante da confissão de modo geral. Em outras palavras, a Súmula 545/STJ não trouxe, como pretende o *Parquet*, um *obstáculo* para o reconhecimento da atenuante, limitando-a aos casos em que o juiz tenha elencado a confissão como uma das provas de autoria ou materialidade. Diferentemente, os arestos subjacentes à Súmula criaram uma *garantia* para o réu confesso, nomeadamente nas situações em que sua confissão não seja uma adesão integral à acusação.

A distinção é sutil, mas existe: uma coisa é afirmar que o réu fica *protegido* pela atenuante da confissão, mesmo sem concordar com a totalidade da narrativa da denúncia. É este o sentido original da Súmula 545/STJ, conforme os precedentes que lhe serviram de substrato, numa tendência de **ampliar as possibilidades de incidência do art. 65, III, "d", do CP**. Outra coisa, bastante distinta, é afirmar que o réu confesso só terá direito à redução da reprimenda, na segunda fase da dosimetria, se o juiz tiver a precisão técnica (ou a boa vontade) de citar a confissão como um dos fundamentos da condenação. Essa linha, que **restringe a aplicabilidade do art. 65, III, "d", do CP**, não foi contemplada nos julgados vinculados à Súmula 545/STJ.

Não transcrevo, aqui, a íntegra de todos esses precedentes, para evitar repetição e alongamento deste voto em medida desnecessária. Penso, no entanto, que é válido apresentar o teor de três desses arestos, de maneira exemplificativa, para confirmar as conclusões que expus, começando pelo AgRg no Ag 1.242.578/SP, de relatoria do eminente Ministro MARCO AURÉLIO BELIZZE.

Nesse acórdão, a Quinta Turma apreciou recurso do MPF que pedia o afastamento da atenuante, com o argumento central de que a confissão qualificada pela tese defensiva de legítima defesa não permitiria a incidência do art. 65, III, "d", do CP. Buscava o *Parquet*, por conseguinte, a elevação do *standard* para a atenuação da pena, restringindo quais tipos de confissão seriam aceitos com esse fim.

A alegação ministerial não convenceu o colegiado, que assim decidiu:

"Dessa forma, para afastar o ânimo da confissão do agravado seria imprescindível exceder os fundamentos do acórdão impugnado e adentrar no exame do conjunto fático-probatório, o que é vedado em recurso especial a teor do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, in verbis: 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.'

Ademais, imperioso mencionar que, mesmo se superado o referido óbice, não seria viável a tese do agravante, pois a jurisprudência desta Corte tem se orientado no sentido de que não se afasta a confissão espontânea nos

Superior Tribunal de Justiça

casos em que o agente busca se valer de alguma dirimente.

[...]

Por fim, importante ressaltar que quando a confissão do agente é um dos fundamentos da condenação, como na presente hipótese, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea 'd', do CP, deve ser aplicada, sendo irrelevante se a confissão foi espontânea ou não, foi total ou parcial, ou mesmo se houve retratação posterior".

(AgRg no Ag n. 1.242.578/SP, relator MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, DJe de 14/11/2012).

É verdade que, em seu último parágrafo, o aresto apresenta a oração "quando a confissão do agente é um dos fundamentos da condenação", mas isso não autoriza automaticamente a interpretação *a contrario sensu* proposta pelo MP/SC. Nada há no inteiro teor do voto que indique a criação de qualquer restrição ao art. 65, III, "d", do CP, até porque isso seria incompatível com a base fática do julgado. Lembre-se que, na aplicação de precedentes, a extração da *ratio decidendi* somente é possível à luz das circunstâncias fáticas do caso concreto, que jamais podem ser ignoradas, mesmo no regime relativamente abstrato ou objetivo dos enunciados sumulares. E, aqui, não há dúvidas: o aresto adotou interpretação ampliativa das hipóteses em que é cabível o reconhecimento da atenuante, inclusive desprovendo o recurso ministerial que buscava afastá-la.

O segundo precedente listado pela Secretaria de Jurisprudência deste STJ como motivador da Súmula é o AgRg no REsp 1.269.574/SP, relatado pelo douto Ministro NEFI CORDEIRO, que recebeu a seguinte ementa:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 65, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a confissão, ainda que parcial, deve ser considerada para atenuar a pena, sobretudo quando utilizada para dar suporte à condenação.

2. Agravo regimental improvido".

(AgRg no REsp n. 1.269.574/SP, relator NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe de 2/6/2015)

O voto condutor do acórdão, por sua vez, traz os seguintes fundamentos decisórios:

"Vê-se que o acórdão e a sentença de primeiro grau entenderam existente a confissão, apenas não a consideraram, por ser parcial, embora tenha ela servido de base para a condenação.

Assim, mesmo que parcial, a confissão serviu de base para a condenação, merecendo ser considerada na segunda fase de dosimetria, na forma da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, pelo que passo ao redimensionamento da pena".

Esses breves excertos deixam clara a finalidade de sanar a contradição judicial antes referida: a do juiz que, num primeiro momento, admite a confissão do réu para condená-lo, porém se nega a lhe atenuar a pena por enxergar na confissão alguma imperfeição. Também nesse caso tratava-se de recurso do *Parquet* pleiteando o afastamento da atenuante, e também aqui não se criou nenhum requisito adicional para a eficácia plena da confissão. A ementa do

precedente, aliás, não condiciona a redução da pena à citação da confissão na motivação da sentença, já que utiliza o advérbio "sobretudo" para introduzir o trecho "quando utilizada para dar suporte à condenação".

Finalmente, destaco o AgRg no HC 201.797/SP, de relatoria do culto Ministro JORGE MUSSI, em que igualmente se desproveu recurso do MPF voltado contra a aplicação da atenuante, por ser parcial a confissão. Esta Quinta Turma, naquela ocasião, entendeu não só pela atribuição de efeitos dosimétricos à confissão parcial, como também rejeitou o argumento ministerial sobre a suposta falta de espontaneidade da confissão, por ter sido o réu preso em flagrante. Eis a ementa do precedente:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL UTILIZADA NO DECRETO CONDENATÓRIO. PRISÃO EM FLAGRANTE. IRRELEVÂNCIA. ATENUANTE. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Nos termos do art. 65, III, d, do Código Penal, é cabível a incidência da atenuante da confissão espontânea quando esta é expressamente utilizada na formação do convencimento do julgador, não importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial.

2. Na esteira da jurisprudência pacífica desta Corte Superior, a referida atenuante deve ser aplicada em favor do sentenciado ainda que a confissão somente corrobore a autoria delitiva já evidenciada pela prisão em flagrante, como ocorreu na hipótese.

3. No caso, a confissão, ainda que parcial, foi reconhecida pelas instâncias de origem, entretanto não foi utilizada para diminuir a reprimenda. Assim, devida a concessão da ordem constitucional para redimensionar a sanção imposta, não havendo falar em reforma do decisum impugnado.

4. Agravo regimental improvido".

(AgRg no HC n. 201.797/SP, relator JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe de 2/2/2015).

Finalizo essa rápida incursão histórica jurisprudencial destacando que os demais arestos norteadores da Súmula 545/STJ posicionam-se todos no mesmo sentido, o que nos autoriza chegar a uma conclusão intermediária: ao dizer que atenuante da confissão incide "quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador", **o enunciado sumular não impede a atenuação da pena quando a sentença silenciar sobre a confissão, deixando de indicá-la como uma das provas em que se embasa.** Essa leitura *a contrario sensu* não foi objeto de debate em nenhum dos precedentes genitores da Súmula, mesmo porque não integrou as matérias então decididas, sendo impossível extrair dos sobreditos julgados algum pronunciamento a seu respeito.

Consequentemente, a específica situação em que o réu confessa e o juiz deixa de reduzir sua pena porque não citou a confissão como fundamento decisório não foi decidida quando da formação da Súmula 545/STJ. Impor a interpretação *a contrario sensu* almejada pelo *Parquet* – e, necessário dizer, atualmente adotada por nossos colegiados especializados em direito penal – atribuiria ao enunciado sumular uma força de que ele próprio não reclamou, porque tal questão simplesmente não integrou os precedentes que o geraram.

Feita essa constatação, resta apreciar, então, qual a resposta jurídica cabível à peculiar conjuntura processual do réu confesso não beneficiado pela atenuante, apenas porque o juiz não mencionou textualmente a confissão para condená-lo, já que não está abrangida pela base fática da Súmula 545/STJ. Nesse tema, penso, há fundamentos jurídicos sólidos para a

atenuação da pena, doravante declinados.

III – Legalidade, isonomia e interpretação do art. 65, III, "d", do CP

Ao anunciar seu famoso adágio *nulla poena sine lege*, PAUL JOHANN ANSELM RITTER VON FEUERBACH (*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen: Georg Friedrich Heyer Verlag, 1847, p. 41), reformador do Código Criminal da Baviera no Século XIX, talvez não imaginasse os reflexos que o princípio da legalidade produziria sobre a dogmática penal nas décadas seguintes. Hodiernamente, não é só a definição abstrata da espécie e do *quantum* da sanção criminal que se pauta pela lei. Em verdade, todo o processo de individualização da pena em cada caso concreto presta deferência à noção de legalidade, sendo mesmo possível falar-se em um princípio da legalidade enquanto integrante do campo axiológico e jurídico da dosimetria da pena. Como resultado,

"Toda a pujança do princípio da legalidade, verificada na análise quanto à configuração típica e na admissibilidade de imposição de uma pena, deve expandir seu alcance ao momento culminante e mais aflitivo da trajetória de um evento penal: a aplicação da pena" (ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 73-76).

É o texto legal, por isso, o ponto de partida da atividade hermenêutica na aplicação da reprimenda, tanto no estabelecimento de seus limites abstratos como na previsão de quais fatores a diminuirão ou elevarão no caso concreto. Com a atenuante da confissão não é diferente: o art. 65, III, "d", do CP é quem nos dá a moldura de sua incidência, sendo que somente os fatores nele previstos podem balizar a aplicação da atenuante. Consequentemente, eventuais limitações ao reconhecimento da atenuante devem encontrar amparo no texto normativo, e aqui já falha a interpretação *a contrario sensu* da Súmula 545/STJ proposta pelo recorrente.

Voltando à dicção legal, "sempre" atenua a pena do réu ter ele "confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime". Não há, no art. 65, III, "d", do CP nenhuma exigência posterior ao próprio ato da confissão: o dispositivo não condiciona a aplicação da atenuante, por exemplo, à eficácia da admissão dos fatos pelo acusado para a investigação criminal, **tampouco a sua citação pela sentença como uma das razões de decidir**. Para o CP, o direito subjetivo do réu à atenuação da reprimenda nasce no exato momento em que ele confessa a autoria "perante a autoridade", sendo que fatos posteriores à confissão não têm o condão de lhe retirar o efeito atenuador.

Assim, a sentença que reduz a pena pela confissão, a rigor, somente **declara** o direito do acusado à atenuação, nascido em momento anterior, quando o réu admitiu à autoridade competente que praticou o delito. Quando o magistrado elenca a confissão na sentença como um dos elementos formadores de sua convicção, ele apenas se reporta a uma circunstância ocorrida previamente e cuja consequência jurídica já estava predeterminada no ordenamento. Não é a fundamentação da sentença condenatória que faz surgir o direito à atenuação da pena; caso contrário, o legislador teria conferido redação diferente ao art. 65, III, "d", do CP, para determinar que "sempre atenua a pena [...] ter o magistrado *citado* a confissão do réu na motivação da sentença, como um dos elementos de fundamentação da condenação".

Isso, aliás, não é exclusividade da confissão. Para todas as circunstâncias legais do rol do art. 65 do CP, o direito subjetivo do réu brota com o fato indicado no texto legal,

independentemente de a sentença ter citado a atenuante respectiva. Assim é que, por exemplo, o réu maior de 70 anos tem direito à redução da pena, na segunda fase da dosimetria (art. 65, I, do CP), mesmo que o juízo sentenciante não o declare, hipótese na qual a sentença será sujeita a correção nas vias recursais. Por qual razão poderia, então, a aplicabilidade do art. 65, III, "d", do CP ficar restrita às situações em que o juiz opte por citar a confissão como uma razão decisória, se o texto legal não exige, para a confissão, nenhum pressuposto adicional em relação às demais atenuantes?

Quando se diz que a confissão só impacta a pena do acusado quando for expressamente adotada na sentença como um dos motivos da condenação, cria-se, na prática, um requisito adicional **não previsto em lei**, e que não está à disposição do réu, para seu reconhecimento. O acusado que pretende ver sua pena reduzida só tem controle sobre suas próprias ações, de modo que a única decisão que lhe cabe é confessar ou não. Uma vez confessada a autoria da infração, a opção do julgador por citar ou não a confissão como razão decisória é um fator externo, completamente alheio à conduta do acusado e à própria confissão. Uma coisa é a confissão, que por si só já dá direito à atenuação da pena, consoante a redação do art. 65, III, "d", do CP; outra, em todo diversa, é a conduta do magistrado sentenciante quando redige a fundamentação da sentença e, nessa ocasião, cita (ou não) a condenação do réu.

Notem os estimados pares a precária situação do acusado que, apesar de confesso, não tem sua confissão valorada pela sentença – ou pior, aquele cuja confissão é descartada pelo juiz por supostamente não ter contribuído para elucidar os fatos, como no caso dos autos. Nesse cenário, segundo o entendimento jurisprudencial atualmente dominante, não há nada que o réu possa fazer para assegurar o direito que lhe confere o art. 65, III, "d", do CP. É certo que, se houvesse previsão legal para tanto, como na hipotética redação alternativa do texto legal a que me referi acima, se justificaria (pelo menos em tese) o indeferimento da atenuação da pena. Com o regramento vigente, entretanto, o réu vê-se privado (I) sem base legal (II) de um direito que lhe é legalmente garantido, (III) pela conduta de um terceiro (o juiz), (IV) posterior ao ato da confissão, e (V) que não está sob seu controle.

Nisso há, adicionalmente, uma violação aos princípios da isonomia (art. 5º, *caput*, da CR/1988) e da individualização da pena, porque réus confessos em idênticas situações processuais podem receber do Estado-juiz respostas diferentes. Imagine-se a hipótese de dois acusados pelo crime de roubo em ações penais distintas, ambos confessos e presos em flagrante, contando também com reconhecimento das respectivas vítimas: pela interpretação *a contrario sensu* da Súmula 545/STJ, que rechaço neste voto, um deles pode receber a atenuante, caso o juiz cite a confissão na motivação da sentença, enquanto o outro pode não ser contemplado com igual benefício, se o juiz não o fizer, mesmo sendo idênticas as suas condutas e posições processuais.

A postura do juiz, por outro lado, não é um fator de discrimen válido entre as situações desses dois réus, a autorizar a quebra da isonomia, haja vista que não se encontra sob a esfera de controle dos acusados nem diz respeito aos atos por ele praticados, até porque a resposta do Estado-juiz aos dois delitos é o *objeto* de controle do princípio da igualdade, mas não um fator de diferenciação entre os casos.

No fim das contas, prevalecendo a leitura *a contrario sensu* da Súmula 545/STJ, o direito subjetivo do acusado ficaria inteiramente à disposição do arbítrio do julgador, que poderia optar de maneira livre por reconhecer ou não a atenuação prevista na Lei. Malgrado o relativo espaço de discricionariedade que tem o magistrado de primeira instância na valoração dos fatos da causa, a sentença penal condenatória se ressentiria de arbítrios desvinculados a parâmetros legais abstratamente cominados, e é precisamente isso – um arbítrio – que ocorre quando o juiz se recusa a reconhecer a confissão na segunda fase da dosimetria da pena.

Assim o digo porque, segundo nossa jurisprudência, se o réu efetivamente

Superior Tribunal de Justiça

confessou, nenhum outro fato lhe tira o direito à atenuante (ressalvada, é claro, previsão da Súmula 231/STJ, também calcada no princípio da legalidade): pouco importa se sua confissão foi qualificada, parcial ou retratada, ou mesmo se havia outras provas aptas a corroborar a acusação – até nos casos de prisão em flagrante, como visto há pouco.

Não há sentido legal em condicionar à atenuação da pena à citação da confissão na sentença porque **não há nenhum fundamento que possa ser apreciado discricionariamente pelo julgador para tirar os efeitos dosimétricos de uma confissão já realizada**. Considerações sobre a efetividade da confissão, sua inteireza, sua iniciativa, sua importância para a investigação ou qualquer outro fator não previsto em lei são irrelevantes, e isso os precedentes que geraram a Súmula 545/STJ deixam claro.

Poder-se-ia combater esse argumento com a afirmação de que a confissão se fundamentaria na *colaboração* do réu com o Poder Público, com a implicação de que somente confissões efetivamente capazes de auxiliar a elucidação do crime, na ausência de outras provas decisivas, fariam nascer o direito à atenuante.

Tal linha de impugnação esbarra, todavia, também no princípio da legalidade. Veja-se que, ao contrário de institutos similares, a confissão do art. 65, III, "d", do CP não exige que a conduta do réu produza nenhum tipo de efeito sobre o processo penal ou a investigação do delito. A situação é diferente, por exemplo, com a colaboração premiada, para quem o art. 4º da Lei n. 12.850/2013 elenca pressupostos de *efetividade prática* para a concessão de benefícios ao réu. No mesmo sentido, as diversas delações unilaterais tratadas na legislação penal exigem algum tipo de contrapartida eficaz do acusado para que possa usufruir dos benefícios de sua postura. Transcrevo a seguir algumas dessas disposições, convidando os doutos colegas a compará-las com a redação mais enxuta do art. 65, III, "d", do CP.

No próprio CP, sublinho:

"Art. 159, § 4º. Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, **facilitando a libertação do sequestrado**, terá sua pena reduzida de um a dois terços".

Na Lei n. 8.072/1990:

"Art. 8º, parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, **possibilitando seu desmantelamento**, terá a pena reduzida de um a dois terços".

Na Lei n. 9.807/1999:

"Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, **desde que dessa colaboração tenha resultado:**

- I – a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;
- II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada;
- III – a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a

Superior Tribunal de Justiça

investigação policial e o processo criminal na **identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime**, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços".

Na Lei n. 9.613/1998:

"Art. 1º, § 5º. A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que **conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime**".

Finalmente, na Lei n. 11.343/2006:

"Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na **identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime**, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços".

Em todas essas modalidades de colaboração e delação premiadas, há algum nível de efetividade prática requerida pelo legislador para permitir sua admissão. A confissão do art. 65, III, "d", do CP, diversamente, não traz nenhum desses pressupostos, de maneira que condicioná-la ao *espírito de colaboração* do réu com a Justiça, ou à *produção de resultados práticos na apuração do crime*, viola o princípio da legalidade. A proliferação de espécies de delações em nossa legislação, enfim, não deixa dúvidas de que, quando o legislador quis subordinar a minoração da pena do réu a algum fato externo e independente de sua vontade, assim o fez expressamente.

E para tanto há uma razão de ser: em vez de buscar espeque na colaboração, a confissão tem seu fundamento antes no *arrependimento*, ou pelo menos na *postura pessoal do acusado em assumir responsabilidade por seus atos*, o que é bastante diferente de colaborar com as autoridades, porque se trata de ato pessoal do réu e que se consuma com sua simples prática, independentemente dos efeitos que a confissão produza no mundo dos fatos. Com essa compreensão, em sede doutrinária, confira-se o que diz ENIO LUIZ ROSSETTO:

"O fundamento da atenuante é que o agente revela **arrependimento** do ato criminoso que praticou e há necessidade de valorar positivamente a conduta do agente que toma a iniciativa de procurar, por conta própria, as autoridades poupando-as de complexas e às vezes difíceis investigações para chegar à autoria e abreviando desse modo, em benefício da administração da Justiça, a celeridade dos respectivos procedimentos" (*Teoria e aplicação da pena*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 159-160).

É justamente por isso que, interpretando o art. 67 do CP – o qual versa sobre o concurso entre agravantes e atenuantes –, a Terceira Seção deste STJ fixou a tese de que a confissão é uma das circunstâncias legais preponderantes, por se relacionar à *personalidade do réu*, compensando inclusive a reincidência. Do acórdão que pacificou a matéria, realço o seguinte

Superior Tribunal de Justiça

excerto, que confirma os fundamentos até aqui apresentados:

"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".
(REsp n. 1.154.752/RS, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Terceira Seção, DJe de 4/9/2012)

A personalidade do agente diz respeito ao conjunto de suas características biopsíquicas pessoais, que resumem, nas palavras do psicólogo suíço CARL GUSTAV JUNG – fundador da psicologia analítica –, "a maneira pela qual o indivíduo se comporta em relação a seus processos psíquicos **internos**" (*Psychological types*. New York: Routledge Classics, 2017, p. 428). Se o fundamento da confissão fosse a colaboração *prática* que dela resulta, haveria uma incompatibilidade evidente com o entendimento jurisprudencial supracitado, já que as consequências fáticas da confissão em nada se relacionam com a personalidade do réu. A efetividade prática da confissão, seu grau de influência no convencimento do julgador e o quanto ela contribuiu para o esclarecimento do delito são elementos que, além de indisponíveis à vontade do acusado, situam-se no mundo externo a sua psique e, por conseguinte, são dela desvinculados.

A atitude de responsabilidade pessoal do réu é, essa sim, regida por sua personalidade – a mesma personalidade avaliada pelo art. 67 do CP. É verdade que jamais haverá como saber se o agente honestamente se arrependeu do crime que praticou, mas a confissão, enquanto um sinal de contrição, indica ao menos que o acusado entendeu quais foram as consequências de sua conduta e está disposto a responder por elas. À luz de nossa legislação, é esse fator psíquico-moral que fundamenta a atenuante, e não a conveniência que a confissão eventualmente traga ao aparato sancionador.

Não chego a essa conclusão por razões ontológicas, mas unicamente juspositivas. O legislador poderia, tranquilamente, limitar a atenuação da pena aos casos em que a confissão gerasse um ganho prático à apuração do crime, como fez nos casos de colaboração e delação premiadas, porque ontologicamente não há incoerência entre esse regramento e o fato mundano da confissão. Nessa direção, o fato de o réu confessar poderia ter sido disciplinado de forma diferente na legislação, sem que isso violasse a própria natureza do ato de confessar em si, mas não foi essa a opção feita pelo Poder Legislativo.

Outra oposição possível à proposta deste voto é a de que o juiz poderia deixar de considerar a atenuante quando, diante da existência de outras provas capazes de sustentar a condenação, se fundamentasse apenas nelas para condenar o réu; ou, analogamente, que poderia tomar a confissão por não espontânea, mas somente voluntária, quando houvesse outras provas.

Essa linha, penso eu, viola a jurisprudência deste Superior Tribunal, inclusive contida em um dos precedentes que deram origem à Súmula 545/STJ. Como visto no capítulo II deste voto, ao julgar o AgRg no HC 201.797/SP, a Quinta Turma rejeitou justamente a ideia de que a presença de outras provas cancelaria o direito do réu à redução da pena – e, naquele caso, o réu fora preso em flagrante. Eis o que afirmou o voto condutor daquele aresto:

"Ademais, mesmo que a confissão tenha sido parcial, e ainda que somente confirme a autoria delitiva já evidenciada pela prisão em flagrante delito, como ocorreu na hipótese, deve ser reconhecida e aplicada em favor do paciente".

No mesmo sentido, mais recentemente, reiterou o colegiado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. 1. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RÉU REINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. 2. QUALIFICADORA. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. SUBTRAÇÃO DE OBJETOS DO INTERIOR DE UM AUTOMÓVEL. QUALIFICADORA PRESENTE. 3. DOSIMETRIA. ATENUANTE GENÉRICA DO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM NOS TERMOS APRESENTADOS PELO IMPETRANTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ACUSADO PRESO EM FLAGRANTE. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. 4. REGIME INICIAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SÚMULA N. 269/STJ. SUBSTITUIÇÃO. INVIABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

5. Quando a confissão do acusado for utilizada para corroborar o acervo probatório, dando suporte à condenação, ele terá direito à redução da pena pela aplicação da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea 'd' do Código Penal. A prisão em flagrante não é circunstância impeditiva do reconhecimento do benefício aqui mencionado.

[...]

8. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena e fixar o regime inicial semiaberto".

(HC n. 509.589/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe de 17/2/2020)

A confissão, nesse contexto, pode muito bem ser um meio de corroboração das demais provas, o que não lhe retira a relevância. Aliás, no campo da epistemologia da prova, sabe-se que as provas redundantes (aquelas que confirmam outras) são ainda mais relevantes se forem de espécie distinta daquela outra prova que corroboram, consoante o ensinamento de JORDI FERRER-BELTRÁN (professor da Universidade de Girona e uma das maiores referências mundiais em direito probatório), quando comenta o juízo de admissibilidade das provas.

Inicialmente, o jurista assenta a premissa de que "o grau de corroboração de uma hipótese aumenta com o número de resultados favoráveis obtidos a partir da contrastação. E isso nos conduz à admissão da prova redundante, visto que superaria o teste de relevância". Em seguida, afirma que "a partir de certo nível, as provas redundantes seguintes podem perder sua importância, quando já esteja suficientemente provada a hipótese fática". Ao final, porém, naquilo que mais interesse à controvérsia que ora debatemos, FERRER-BELTRÁN alerta que:

"A situação é, por outro lado, **diferente quando a redundância se dá entre provas de diferente tipo**. Nesses casos entra em jogo uma regra epistemológica diferente, que nos indica que 'a confirmação de uma hipótese não depende somente da quantidade de dados favoráveis de que se dispõe, mas também de sua variedade: quanto maior for a variedade, maior será o apoio resultante' (HEMPEL, 1996: 58). A razão que sustenta essa regra é simples. Quanto maior a variedade de experimentos aos quais se submete uma hipótese, maiores as possibilidades de que essa seja refutada

Superior Tribunal de Justiça

caso seja falsa. **E, por isso, outorga maior nível de corroboração caso o resultado das diferentes provas for positivo para a hipótese**" (*Valoração racional da prova*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 111-112).

A confissão é uma prova única, sem par no catálogo legal. Por isso, mesmo quando existem outras provas aptas a ensejar a condenação de réus em casos similares, a confissão, sendo de espécie diferente das demais provas, lhes confere uma corroboração que nunca será irrelevante, na esteira do que ensina FERRER-BELTRÁN. Mesmo que, para a opinião subjetiva e pessoal do juiz, a confissão não seja decisiva, fato é que ela sempre será importante, do ponto de vista objetivo, para a corroboração da tese acusatória. E, quando se pensa no sistema probatório de persuasão racional, o mesmo FERRER-BELTRÁN é incisivo: o fundamental não é perscrutar as profundezas da mente do julgador para apreciar suas *crenças* sobre a prova, porque "a concepção racionalista baseia a justificação da decisão sobre os fatos provados no método de corroboração de hipóteses, **não na crença de algum sujeito**" (*op. cit.*, p. 96).

A existência de outras provas também não afeta a espontaneidade (compreendida como a ausência de intervenção de terceiros na criação da vontade do réu em confessar) da confissão, e isso por duas razões principais.

Primeiramente, a espontaneidade é um conceito jurídico abstrato de difícil comprovação ou refutação no caso concreto. Há réus que, mesmo confrontados com provas aparentemente acachapantes de sua culpabilidade, se recusam a confessar, optando por exercer sua autodefesa de formas diversas e conseguindo, ocasionalmente, uma absolvição. Se a quantidade e a diversidade de provas incriminatórias removessem a espontaneidade do acusado quanto à confissão, tornando-o uma espécie de autômato incapaz de tomar essa decisão de forma plenamente livre, existiriam somente réus confessos em casos com abundância de provas, e a realidade forense nos mostra que não é isso que ocorre.

Reconhecer que nem mesmo o "excesso" de provas retira do réu a liberdade psíquica de não confessar equivale a dizer que remanesce, em sua mente, um grau de espontaneidade que pode levá-lo, também, à confissão. O conceito de espontaneidade permanece fugidio e não cabe dentro de formulação simplista de "excesso" de provas, de maneira que não pode presumir, em desfavor do réu, que a simples existência de provas em seu desfavor torne menos espontânea uma confissão.

Em segundo lugar, a própria ideia de espontaneidade da confissão tem sido relevada como um dos requisitos da atenuante por nossa jurisprudência, certamente influenciada pela impossibilidade prática de, no mais das vezes, pronunciar de forma definitiva se uma confissão é ou não espontânea. É o que exemplifica este aresto:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PECULATO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. INAPLICABILIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. PENA INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Este Superior Tribunal possui o entendimento de que, se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, **sendo irrelevante o fato de a confissão haver sido espontânea ou não**, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação.
[...]

8. Agravo regimental não provido".

Superior Tribunal de Justiça

(AgRg no REsp n. 1.753.409/SP, relator MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe de 1/3/2021)

No meio acadêmico, pensa igualmente o professor CEZAR ROBERTO BITENCOURT, que nos brinda com estas considerações:

"A confissão, antes da Reforma de 1984, era admitida somente quando se referisse a crime cuja autoria fosse ignorada ou atribuída a outrem. Agora, essa exigência desapareceu, sendo suficiente a confissão da autoria. Confissão é fato, valorada como fato, enquanto fato, e tem caráter objetivo, não estando condicionada a nenhuma exigência formal ou processual, ao contrário do que começou a entender a jurisprudência dos tribunais superiores. Ademais, é irrelevante que a confissão seja incompleta ou completa, espontânea ou voluntária. A confissão pode ocorrer perante a autoridade policial ou judicial, indiferentemente. Embora a lei fale em confissão espontânea, doutrina e jurisprudência têm admitido como suficiente sua voluntariedade"

(*Tratado de direito penal*: parte geral. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 386).

A confissão é um ato jurídico de consequências inteiramente vinculadas: se o réu confessou, a atenuação da pena é obrigatória, e inexistente argumento jurídico do qual o magistrado possa se valer para afastar o efeito atenuador. "Excesso" de provas, inutilidade prática da confissão para a elucidação do crime, prisão em flagrante: nenhum desses fatores, em respeito ao princípio da legalidade, justifica a recalcitrância judicial em aplicar a atenuante, porque não previstos em lei.

Sopesada a inexistência de fundamento legal válido para recusar força atenuante a uma confissão de autoria prestada diante da autoridade, concluo que o direito subjetivo do réu à observância da legalidade estrita na dosimetria de sua pena não pode ficar à mercê de um jogo de palavras do juiz sentenciante. Perceba-se que, com a interpretação *a contrario sensu* da Súmula 545/STJ, o direito do acusado depende de o magistrado, por sua técnica ou boa vontade e sem limitadores de discricionariedade, elencar a confissão como motivo de condenar. Se, contudo, o julgador não quiser fazê-lo, pode simplesmente valer-se de certas expressões ("condeno não pela confissão, mas com base em outras provas" e afins), como se fórmulas mágicas fossem, para subtrair do réu um direito que lhe foi concedido pela legislação em termos bastante claros.

Com toda a estima que nutro pela magistratura nacional, composta em sua absoluta maioria por juízes preparados, éticos e dedicados, não é possível que a implementação de normas penais dependa unicamente da vontade de qualquer sujeito processual, sem diretrizes objetivas a guiá-la.

Penso que o bloco de fundamentos apresentados até agora, calcado na interpretação sistemática do art. 65, III, "d", do CP e pautado nos princípios da legalidade, individualização da pena e isonomia, já é suficiente para sustentar a interpretação que proponho. Há, além dele, ainda outros argumentos, derivados das mais vanguardistas ideias doutrinárias e jurisprudenciais estrangeiras, que começam agora a ganhar fôlego no direito brasileiro.

É destes que trato a seguir.

IV – Boa-fé objetiva e proteção da confiança (*Vertrauensschutz* e *legitimate expectations doctrine*) enquanto princípios processuais

Superior Tribunal de Justiça

Sabemos todos que o princípio da segurança jurídica (art. 5º, *caput*, da CR/1988) tem feição verdadeiramente estruturante de nossos sistema jurídico. Sobre o aspecto objetivo da segurança não me detenho, pois é sua dimensão subjetiva, comumente referida como *proteção da confiança*, que mais interessa a este voto.

Recorro à abalizada definição de HUMBERTO ÁVILA para assim conceituá-la:

"O chamado princípio da proteção da confiança serve de instrumento de defesa de interesses individuais nos casos em que o particular, não sendo protegido pelo direito adquirido ou pelo ato jurídico perfeito, em qualquer âmbito, inclusive no tributário, exerce a sua liberdade, em maior ou menor medida, confiando na validade (ou na aparência de validade) de um conhecido ato normativo geral ou individual e, posteriormente, tem a sua confiança frustrada pela descontinuidade da sua vigência ou dos seus efeitos, quer por simples mudança, quer por revogação ou anulação, quer, ainda, por declaração da sua invalidade. Por isso, o princípio da proteção da confiança envolve, para a sua configuração, a existência de (a) uma base da confiança, de (b) uma confiança nessa base, do (c) exercício da referida confiança na base que a gerou e da (d) sua frustração por ato posterior e contraditório do Poder Público" (*Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 386-387).

Sem pretensão de esgotar o rico histórico do tema – esforço que exigiria dimensões monográficas por si só –, registro que a noção de proteção da confiança desenvolveu-se de forma relativamente independente, e em alguma medida concomitante, na família da *common law* e no sistema jurídico europeu continental.

No direito britânico, embora haja precedentes que mencionem pontualmente a proteção da confiança ou da expectativa legítima (sob o nome *legitimate expectation*) ainda nos anos 1960, é de *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service*, julgado pela *House of Lords* em 22/11/1984, que se extraem seus primeiros delineamentos mais sólidos.

A controvérsia envolvia o controle judicial de decreto da Primeira-Ministra Margaret Thatcher que impediu a adesão de empregados da Central de Comunicações do Governo (*Government Communications Headquarters*) a sindicatos, por motivos de segurança nacional. A *House of Lords* rejeitou o pedido anulatório do formulado pela federação sindical no caso concreto, mas a fundamentação de seu acórdão esboçou pressupostos para a tutela da expectativa legítima. Colhe-se do acórdão então proferido:

"Mesmo quando uma pessoa que pleiteia um benefício ou privilégio não tem direito a ele, pelo direito privado, a pessoa pode ter uma legítima expectativa de receber o benefício ou privilégio e, tendo-o, o Judiciário protegerá sua expectativa pelo controle jurisdicional, no campo do direito público. [...] Expectativa legítima, ou razoável, pode surgir tanto de uma promessa expressamente dada por uma autoridade pública ou da existência de uma prática regular que o postulante pode razoavelmente esperar que continue.

[...]

O teste a ser aplicado é o de definir se a prática de consultar previamente os empregados sobre mudanças significativas em suas condições de trabalho era tão bem estabelecida em 1983 que seria injusto ou inconsistente com a boa administração que o governo abandonasse a

Superior Tribunal de Justiça

prática neste caso".

Esse germen de direito privado da proteção da confiança pode ser sentido no direito civil brasileiro com os institutos da *supressio* e da *surrectio*, nos quais não me aprofundo para evitar o alongamento de um voto já extenso, mas que valem o registro. De todo modo, a noção de *consistência* identificada pela *House of Lords* é tida mesmo como norte hermenêutico da proteção das expectativas legítimas, e sua relação com o princípio da legalidade não passou despercebida pelo meio acadêmico:

"O princípio da consistência é fortemente ligado à legalidade, a qual reconhece que cada cidadão tem a expectativa legítima de que as ações de agentes públicos sejam consistentes com a lei regente. **O princípio da consistência manifesta-se mais fortemente quando coincide com normas legais estabelecidas**, como a legalidade, as garantidas de igualdade e devido processo, e o direito dos contratos. Suas manifestações mais fracas envolvem situações em que a inconsistência está imbuída em nosso sistema de governo. Entre esses dois extremos o princípio da consistência pode oferecer diretrizes úteis" (LEVINSON, L. HAROLD. *The legitimate expectation that public officials will act consistently*. American Journal of Comparative Law, v. 46, 1998, p. 551).

Faço essa breve digressão conceitual e histórica para demonstrar que, no direito pátrio, existe uma legítima expectativa por parte de qualquer réu, quando opta por confessar, de que sua pena será atenuada, conforme garantido pelo art. 65, III, "d", do CP.

A confiança criada no acusado pelo sistema penal quanto à atenuação da pena se enquadra, destarte, na *manifestação forte* do princípio da consistência (*rectius*: proteção da confiança) acima referido por LEVINSON, justamente por sua proximidade íntima com o princípio da legalidade. A lei enuncia que o réu tem direito à redução da reprimenda, sem impor nenhum condicionamento posterior ao ato de confissão propriamente dito, como já examinado no capítulo anterior. Logo, o réu que confia na dicção legal e fragiliza grandemente suas chances de absolvição ao confessar não pode ser surpreendido com a retirada do benefício legal que pode ter sido um dos principais motivadores de sua postura processual.

Da legislação alemã, extraio uma lição complementar sobre o princípio da confiança (*Vertrauensschutz*) que adensa essa compreensão. Na Alemanha, referido princípio encontra-se positivado, no campo do direito público, no § 48, nº 2, da Lei de Processo Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG*), que introduz o *planejamento* como um dos elementos centrais da proteção da confiança. Ao resguardar o direito do particular que percebeu da Administração algum benefício descontinuado, o dispositivo institui, como um de seus pressupostos, ter o beneficiário "usado o benefício ou **feito planos financeiros que ele não possa mais desfazer, ou que somente possa fazê-lo mediante prejuízos excessivos**".

Na doutrina, encontra-se essa mesma ênfase no *planejamento* – quiçá pela mentalidade sistemática germânica – nas discussões sobre a *Vertrauensschutz* no âmbito jurisprudencial:

"Devem ser considerados os interesses dos jurisdicionados, que depositam expectativas na jurisprudência e fazem seus planos de acordo. Essa confiança dos jurisdicionados pode fundamentar-se essencialmente em dois fatores: de um lado, **a vinculação judicial à lei** e, do outro, a consideração judicial dos precedentes. Em ambos os casos, naturalmente apenas

expectativas legítimas de continuidade são protegidas, e não confiança 'cega'. **A segurança para planos e orientações requer legítimo investimento em confiança**" (NEUNER, Jörg. Vertrauensschutz durch die Rechtsprechung. In: PETERSEN, Jans et al. Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert. Berlin: De Gruyter, 2017, p. 205).

A relação entre proteção da confiança e legalidade aparece novamente aqui, com um adicional: a constatação de que os jurisdicionados precisam confiar na postura estatal, mormente no cumprimento da lei quando necessária a intervenção judicial, para que possam adequadamente fazer seus planos, e na esfera penal isso não é diferente.

Afinal, a confissão é decisão processual defensiva (ainda que na dimensão de autodefesa, se o acusado confessar sem a assistência de advogado) que envolve um delicado balanço de vantagens e desvantagens, principalmente porque a absolvição, conquanto não seja impossível, torna-se mais distante para o réu confesso. Compensando esse *trade-off*, o direito recompensa o acusado com a redução da pena, nele inculcando, pela Lei, a certeza de que sua reprimenda será minorada. A norma do art. 65, III, "d", do CP tem, pois, uma eficácia indutiva, porque estimula um determinado comportamento (a confissão) ao prometer um ganho para quem o praticar.

Nem podemos afirmar que o réu confesso não necessariamente esperaria a atenuação da pena, porque o direito objetivo que lhe confere o benefício na dosimetria da sanção é o mesmo que, em seu desfavor, presume o conhecimento sobre a lei (arts. 21 do CP e 3º da LINDB).

Valendo-me da terminologia das doutrinas brasileira, britânica e alemã acima indicadas, penso que o art. 65, III, "d", do CP, cria uma *base de confiança* indelével (ÁVILA) para o réu que pensa em confessar, estimulando-o a estabelecer seus planos de autodefesa (NEUNER) por acreditar na aplicabilidade da norma legal estabelecida (LEVINSON). Ao frustrar essa confiança, valendo-se para tanto de um requisito não instituído por lei (qual seja, a exigência de que a confissão seja citada na sentença como um dos fundamentos condenatórios), o Estado-juiz incorre em ilicitude que viola a segurança jurídica, em sua dimensão subjetiva.

Não se diga, aliás, que a proteção da confiança teria aplicabilidade restrita aos direitos público e privado, mas não ousaria adentrar os domínios do direito penal ou processual. Enquanto manifestação da potestade estatal, o fenômeno do direito é uno e absolutamente infenso às divisões acadêmicas que lhe impomos para fins didáticos; a segurança jurídica, outrossim, espraia seus efeitos sobre todo o sistema jurídico, ignorando classificações artificiais, até por não haver um direito do Estado a agir de forma insegura em qualquer de suas esferas.

É também o que pensam FERNANDO GAJARDONI e outros, quando comentam o art. 927, § 4º, do CPC, que introduz textualmente o princípio da proteção da confiança na legislação processual:

"De outro, não menos correto, ser necessária a manutenção do status quo (Bestandschutz), evitando que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou na conduta do Estado. Consequentemente, não pode o Poder Público adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio emanadas, surpreendendo os que acreditaram nos atos estatais. **Tal axioma se aplica ao Poder Judiciário, na exata medida em que o juiz não pode frustrar as expectativas dos jurisdicionados com a prática de atos contraditórios**" (GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p.

1.333).

Interessa a menção feita pelos autores aos atos contraditórios porque creio haver, nesse instituto originalmente pensado no direito privado, mais um – e derradeiro – fundamento para este voto.

Sobretudo a partir da interpretação do art. 187 do CC e das doutrinas francesa (*abus de droit*) e alemã (*Rechtsmissbrauch*) do abuso de direito, a academia brasileira desenvolveu aprofundados estudos sobre o conceito de boa-fé objetiva. Distanciando-se do anterior paradigma que vinculava a boa-fé ao estado anímico (e, portanto, subjetivo) do indivíduo, com todas as dificuldades probatórias disso decorrentes, a ideia de boa-fé objetiva hoje dominante pauta-se no estabelecimento de padrões comportamentais fortemente influenciados pela moral e pela cooperação entre os sujeitos da relação jurídica. Há diversos corolários ou influxos da boa-fé objetiva sobre condutas específicas, detalhadas pela infinita casuística civil, mas um deles nos chama a atenção: a conhecida vedação aos comportamentos contraditórios, ou ao *venire contra factum proprium*, cujos pressupostos são assim enumerados por JUDITH MARTINS-COSTA:

"(i) a ação de uma pessoa da qual se segue um benefício para alguém; (ii) a contrariedade a essa ação, em desfavor daquele a quem fora criado o benefício, por meio de outra ação do mesmo agente; (iii) a conexidade entre as condutas contraditórias, entre si e com o inconformismo que a contradição gera no lesado; (iv) o investimento de confiança por parte do suposto lesado, sendo esse investimento de confiança traduzido em atos ou atividades; (v) o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nela foi gerada, em geral ocasionando um dano, atual ou potencial, para o lesado, por ter confiado, legitimamente, na primeira conduta; (vi) a não vinculabilidade obrigacional do *factum proprium*; (vii) a ausência de motivo justo para a mudança no comportamento; (viii) a deslealdade implicada no voltar atrás, lesando a confiança legitimamente investida; e (ix) a imputabilidade do ato a quem, deslealmente, voltou atrás" (*A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 279-280).

Também sob essa ótica é ilícita a interpretação *a contrario sensu* da Súmula 545/STJ, por configurar uma conduta contraditória do Estado com a prévia edição do art. 65, III, "d", do CP.

Reportando-me à didática exposição de MARTINS-COSTA, e transpondo-a naquilo que é compatível para o processo penal, tem-se que o Estado: (I) por seu braço Legislativo, praticou uma conduta que gerou um benefício ao réu, quando editou o art. 65, III, "d", do CP; (II) o mesmo Estado, agora no braço Judiciário, retira do acusado o benefício, por fundamentos não descritos inicialmente na lei que promulgou; (III) há clara conexão entre as condutas; (IV) o agente manifesta sua confiança no Estado, quando confessa; (V) essa atividade lhe causa um dano, com a diminuição da chance de absolvição; (VI) não há outro elemento de vinculação obrigacional; (VII) tampouco há justo motivo para o comportamento do Estado-juiz, tendo em vista as considerações sobre o princípio da legalidade e o histórico da Súmula 545/STJ feitas alhures; (VIII) o comportamento contraditório lesa a confiança investida pelo acusado; e (IX) o comportamento é imputável ao Estado, ainda que os atos tenham sido praticados por Poderes diversos.

Em suma: o Estado que dá ao réu um benefício com seu Poder Legislativo no primeiro momento da individualização da pena para induzi-lo a confessar e, uma vez confessado o crime, o retira com seu Poder Judiciário, quando efetivamente impõe a pena em concreto, viola a

boa-fé objetiva, por praticar comportamentos contraditórios. Essa contradição surpreende o jurisdicionado que confiou no primeiro comportamento estatal (o legislativo), frustrando a expectativa inicialmente gerada e colocando-o numa situação que, fosse antevista pelo acusado, talvez o motivasse a não confessar.

Não digo aqui, é claro, que o magistrado que nega a atenuante da confissão o faz movido por dolo ou má-fé, longe disso: todas as considerações que fiz se atêm à concepção *objetiva* de boa-fé, referente ao controle da postura adotada pela *instituição* do Judiciário e tendo como parâmetro uma atitude mais desejável, pautada pela tutela da confiança que o acusado depositou no aparato estatal sancionador. Inexiste aqui qualquer "pessoalização" ou censura a este ou aquele magistrado que eventualmente tenha se escudado na interpretação *a contrario sensu* da Súmula 545/STJ, mas sim o reconhecimento de que é mais consentâneo com a boa-fé objetiva que o Judiciário aplique a atenuante da confissão sem criar para tanto requisitos adicionais, não previstos em lei.

V – Síntese dos fundamentos do voto

Considerando a multiplicidade e densidade dos temas jurídicos aqui tratados, e visando a facilitar a compreensão deste voto, assim elenco de forma resumida os argumentos centrais que o embasam:

V.1 – em observância ao princípio da legalidade, o fato de a confissão não ter sido utilizada para fundamentar a condenação não afasta o direito à atenuante, já que isso configura requisito não imposto pelo art. 65, III, "d", do CP;

V.2 – o direito subjetivo à atenuação da pena surge quando o réu confessa (momento constitutivo), e não quando o juiz cita sua confissão na fundamentação da sentença condenatória (momento meramente declaratório);

V.3 – para as demais atenuantes do art. 65 do CP, tampouco se exige menção expressa na sentença quanto aos fatos que lhes deram origem;

V.4 – a interpretação *a contrario sensu* da Súmula 545/STJ viola o princípio da isonomia, por permitir que réus em situações processuais idênticas recebam respostas divergentes do Judiciário, caso a sentença condenatória de um deles cite a confissão e a outra não o faça;

V.5 – ao contrário da colaboração e da delação premiadas, a atenuante da confissão não se fundamenta nos efeitos ou facilidades que a admissão dos fatos pelo réu eventualmente traga para a apuração do crime (dimensão prática), mas sim no senso de responsabilidade pessoal do acusado, que é característica de sua personalidade, na forma do art. 67 do CP (dimensão psíquico-moral);

V.6 – o sistema jurídico precisa proteger a confiança depositada de boa-fé (em sua aceção objetiva) pelo acusado na legislação penal, tutelando sua expectativa legítima e induzida pela própria legislação quanto à atenuação da pena; e

V.7 – é contraditória e viola a boa-fé objetiva a postura do Estado em garantir a atenuação da pena pela confissão, num primeiro momento (legislativo), para depois desconsiderá-la num segundo (judicial).

O princípio da legalidade (item V.1) é certamente o mais forte desses fundamentos, até porque é dele que deriva a maior parte dos demais. Se a lei condicionasse a atenuação da pena à menção da confissão na sentença condenatória, haveria um pressuposto adicional que mudaria o momento constitutivo do direito subjetivo do réu (item V.2). Da mesma

forma, caso o art. 65, III, "d", do CP impusesse à confissão pressupostos adicionais, não previstos para as demais atenuantes (item V.3), ou exigisse que a confissão produzisse certos efeitos práticos sobre a investigação criminal (item V.5), não haveria que se falar em legítima expectativa à redução da pena (itens V.6 e V.7) por parte do acusado que não cumprisse todos os requisitos legais.

Nada disso, contudo, foi feito por nosso legislador, tendo este se contentado em dizer que a confissão perante a autoridade sempre atenuará a pena. Por mais que, *de lege ferenda*, sejam ponderáveis entendimentos contrários – talvez para aproximar a confissão de outros institutos correlatos, como a colaboração e a delação premiadas –, o princípio da legalidade não permite a incorporação jurídica de gravames à posição do réu que não estejam expressamente previstos em lei.

E, ainda que a lei tivesse encampado esses requisitos adicionais, remanesceria a possibilidade de controlar sua constitucionalidade, tendo como parâmetro o princípio da isonomia (item V.4), pelo potencial de geração de situações violadoras da igualdade.

VI – Dispositivo

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso especial, com a adoção da seguinte tese: “o réu fará jus à atenuante do art. 65, III, 'd', do CP quando houver admitido a autoria do crime perante a autoridade, independentemente de a confissão ser utilizada pelo juiz como um dos fundamentos da sentença condenatória, e mesmo que seja ela parcial, qualificada, extrajudicial ou retratada”.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2021/0369790-7 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.972.098 / SC**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00004726020208240000 00004726020208240000/SC
0000472602020824000000177475120108240039 00177475120108240039/SC
00190292720108240039 177475120108240039 190292720108240039
4726020208240000 472602020824000000177475120108240039

PAUTA: 14/06/2022

JULGADO: 14/06/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RECORRIDO : MARCOS ROBERTO LUZ
RECORRIDO : SAMUEL VANDERLEI MACHADO KUSTER
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
CORRÉU : ADEVALDO VELHO JUNIOR
CORRÉU : EMERSON MUNIZ PEREIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.