

A COLABORAÇÃO DO ARGUIDO COM A JUSTIÇA — A CONFISSÃO E O ARREPENDIMENTO NO SISTEMA PENAL PORTUGUÊS

JOSÉ ANTÓNIO RODRIGUES DA CUNHA

Resumo: enquanto comportamento pós-facto positivo do agente do crime, a colaboração com a justiça, seja sob a forma de confissão, seja sob a forma de arrependimento sincero, reveste enorme importância no processo de escolha e determinação da pena. Várias são as questões que levanta, quer em termos práticos, quer em termos meramente doutrinários. Sem ser exaustivo, este texto aborda algumas delas.

Palavras-chave: comportamento (positivo) posterior ao crime; colaboração do arguido com a justiça; confissão; arrependimento sincero.

1. O COMPORTAMENTO (POSITIVO) POSTERIOR AO CRIME

1.1. Enquadramento da questão

O direito penal reconhece consequências jurídicas não apenas ao comportamento do arguido no decurso do *iter criminis*, mas, também, ao seu comportamento anterior e posterior ao delito¹.

Cingindo-nos ao comportamento positivo, onde se enquadra a colaboração com a justiça, nas suas possíveis formas, o mesmo assume, atualmente, enorme relevo jurídico na generalidade dos sistemas penais contemporâneos².

¹ VICENTE REMESAL, Javier de, *El comportamiento postdelictivo*, 1985, p. 53.

² Essa relevância não é, porém, recente. O direito penal germânico, que inspirou algumas das soluções legais adotadas em diversos países europeus, valora-o pelo menos desde o século XIX, com a sua inclusão entre as circunstâncias passíveis de levar à atenuação da pena nos artigos 93 e 94 do Código Penal do Reino da Baviera (1813), cuja parte geral foi da autoria de Feuerbach [o primeiro previa a atenuação da pena quando da vida anterior ou da conduta do agente durante e após o delito pudesse resultar *um menor grau de malícia e de perversidade*. O segundo previa a atenuação da pena quando se tivesse *esforçado ativamente, pelo seu livre impulso interior, a reparar os danos causados*; quando se tivesse denunciado *a si próprio perante o tribunal*; quando no seu primeiro e segundo interrogatório tivesse confessado *veraz e detalhadamente o seu delito*; quando tivesse denunciado *outros autores desconhecidos* ou tivesse facilitado *por impulso próprio os meios e a oportunidade para serem*

Funciona, desde logo, como circunstância modificativa atenuante, seja de *caráter comum ou geral*, seja de *caráter específico ou especial*³, e como fator da individualização judicial da pena⁴, mas, igualmente, para além de

detidos]. O Código Penal do Ducado de Olstein Oldenburg (1814) e o Código Criminal do Reino de Hannover (1840) seguiram o mesmo caminho, respetivamente, nos artigos 100 VI e 94 [assinala VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, p. 182, que a *confissão do próprio delito, a delação e a reparação dos danos eram as modalidades de comportamento posterior ao delito recolhidas nesses códigos, orientados para a prevenção geral*]. O comportamento positivo posterior ao crime deixa, no entanto, de aparecer expressamente nos códigos mais importantes do século XIX, designadamente no Código Penal do Reich de 1871, onde primava o fim retributivo da pena. Isso não significava, todavia, como esclarece VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, pp. 182 e 183, a sua exclusão, pelo contrário. Com efeito, *conferia-se ao Juiz o poder de valorar todos aqueles factos que considerasse relevantes para a determinação da pena*, ainda que não se mostrassem expressamente enumerados. O comportamento positivo posterior ao crime reaparece como circunstância atenuante nos primeiros projetos do séc. XX, designadamente no Anteprojeto de 1909, cujo §81, relativo às circunstâncias de atenuação e de agravação da pena, consagrou como circunstância atenuante o *comportamento do autor após o facto, particularmente o provado arrependimento e o esforço para reparar as suas consequências*. Surge, então, com autonomia própria, influenciando diretamente na pena e não através de conclusões sobre a perigosidade ou perversidade do agente, dado ter passado a figurar entre as suas circunstâncias ou fatores mais relevantes, como sejam: a gravidade das consequências do facto; os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram; e as condições pessoais do agente e a sua condição económica. A partir daí, salienta o autor [*loc. cit.*, p. 183], *materializa-se a ideia de converter o sujeito e não o facto como centro fundamental de referência. A adaptação da pena à personalidade do agente converte o comportamento positivo posterior ao facto em causa de valoração direta e autónoma. A atitude interna («Gesinnung») manifestada após a consumação do delito pode afetar diretamente a pena aplicável ao dito delito, ao considerar-se aquele comportamento como autónoma fonte de conhecimento para a determinação da personalidade*. Posteriormente, o comportamento positivo posterior ao crime foi incluído no §69 do projeto do Código Penal de 1930 e, depois, no §62 do projeto do Código Penal de 1957 entre as circunstâncias não pertencentes ao tipo legal a considerar pelo juiz na individualização judicial da pena. Porém, como anota RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da medida da pena privativa de liberdade*, 2014, p. 613, nota (12), só *depois da entrada em vigor da Primeira Lei para a Reforma do Direito Penal (25 de junho de 1969) é que não há dúvida de que o comportamento posterior ao facto, que se inclui no §13 — parágrafo que passa a ser o §46 com a Segunda Lei (4 de julho de 1969) — é um fator da medida da pena*. Atualmente, o §46-II do StGB, relativo aos princípios da determinação da pena, prevê-o expressamente como circunstância atenuante comum ou geral, especialmente quando se traduza em esforço para reparar, e o §49, desde que verificados determinados pressupostos, permite que funcione como fator de atenuação da pena de prisão e de substituição da pena privativa da liberdade por pena de multa. Finalmente, mostra-se igualmente previsto na parte especial do StGB e em legislação penal avulsa, como é, por exemplo, o caso da lei tributária alemã, cujo §371 prevê a dispensa da pena quando o agente adote determinados comportamentos positivos antes de qualquer atuação da autoridade fiscal. Em Espanha, por sua vez, o comportamento positivo posterior ao delito era já considerado em diversos artigos da parte especial do Código Penal de 1848, tendo, todavia, a sua relevância sido consideravelmente restringida a partir de 1850, como refere VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, p. 73. Posteriormente, é admitido como circunstância atenuante geral no artigo 64 do Código Penal de 1928 e ainda como circunstância atenuante específica em várias normas da parte especial.

³ Sobre a classificação/distinção entre circunstâncias modificativas comuns ou gerais e as circunstâncias específicas ou especiais, vide CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal II*, 1992, p. 142. Também DIAS, Jorge de Figueiredo, *As Consequências Jurídicas do Crime*, 1993, p. 201, e FERREIRA, Manuel Cavaleiro, *Lições de Direito Penal*, p. 79.

⁴ Recordar o RODRIGUES, Anabela Miranda, *loc. cit.*, p. 613, referindo-se, genericamente, ao *comportamento posterior ao facto*. Recordar, também, JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de*

elemento a considerar no momento da sua escolha⁵, como fator decisivo para a não aplicação de qualquer sanção criminal, através da respetiva dispensa, eliminados ou atenuados que se mostrem os efeitos negativos do crime, ou através da respetiva exclusão, quando o facto careça de dignidade punitiva.

1.2. Requisitos

1.2.1. Exteriorização e utilidade

À semelhança do que sucede com o comportamento delitivo, ou seja, com a ação típica enquanto primeiro elemento do conceito de crime, também o comportamento do agente subsequente à prática do ilícito criminal carece de ser exteriorizado através de atos concretos.

Ficam, pois, à margem do direito penal, sendo neutros em termos jurídicos, todos os processos meramente psíquicos do agente do crime, como sejam pensamentos, sentimentos e intenções, ainda que comprováveis em termos científicos, exatamente por lhes faltar a necessária exteriorização ou materialização física que toda a ação humana comporta e que o direito penal exige⁶.

Para poder ser considerado pelo tribunal e produzir efeitos em termos jurídico-penais, o comportamento positivo pós-delito deve, também, servir os fins prosseguidos pelo direito penal, seja adjetivo, seja substantivo. Em suma, deve mostrar-se útil para o sistema de justiça⁷.

Derecho Penal, Parte General, 4.ª ed., p. 806, ao anotar o seu relevo no momento de *retirar conclusões* sobre o grau de culpa ou à *perigosidade* do agente, designadamente para se encontrar a reação penal justa (mas, também, para se prevenirem novos delitos). A sua particular importância foi salientada na Comissão Revisora do Projeto pelo Prof. Eduardo Correia (*Atas da Comissão Revisora*, II, p. 125), anotando, porém, que apenas será de considerar quando relacionado com o crime, não valendo, pois, *autonomamente, mas só na medida em que revele uma maior ou menor adequação do facto à personalidade do delincente*.

⁵ O que se extrai, entre nós, da redação do n.º 1 do artigo 43.º do Código Penal (CP), dado que a escolha entre a pena de prisão e a pena alternativa depende unicamente de considerações de prevenção geral e especial e *não de finalidades de compensação da culpa*, como sustenta, acompanhando a generalidade da doutrina alemã, DIAS, Jorge de Figueiredo, *loc. cit.*, pp. 331 e 332. Esclarece o autor que *a função exercida pela culpa, em todo o processo de determinação da pena, é a de limite inultrapassável do quanto daquela, acrescentando que essa função se exerce no momento da determinação quer da medida da pena de prisão (necessária como pressuposto da substituição), quer da medida da pena alternativa ou de substituição*. Todavia, anota que a jurisprudência dos tribunais portugueses foi, até determinada altura, *largamente dominante* no sentido de *conferir a considerações de culpa papel de relevo (quando não, as mais das vezes, papel «decisivo») na negação a substituição*, situação que começou a inverter-se com o Ac. STJ de 21.03.1990, relatado pelo Conselheiro Manso Preto (proc. 040639, disponível em www.dgsi.pt (tal como os demais citados sem outra menção), com comentário de RODRIGUES, Anabela Miranda, *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1991, pp. 243 e ss.).

⁶ VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, pp. 49 e 50.

⁷ ANTON ONECA, José, *Derecho Penal*, 2.ª ed., 1986, p. 379, referindo-se concretamente ao comportamento pós-delito positivo arrependimento, entende que será útil quando se traduza

Uma ideia importa reter: o seu valor varia em função da sua utilidade⁸. Como refere Javier de Vicente Remesal⁹, as respetivas consequências jurídicas dependem do conteúdo do comportamento e do momento em que ocorre. Em suma, *justiça* e *conveniência* constituem fatores importantes a considerar na ponderação dos interesses aquando da valoração, concretamente se devem ou não ser levados em linha de conta e em que medida¹⁰.

2. A CONFISSÃO E O ARREPENDIMENTO

2.1. Enquadramento geral

A colaboração com a justiça, enquanto comportamento pós-facto (positivo) do agente do crime, assume enorme relevo jurídico, quer se manifeste sob a forma de *confissão*, quer se manifeste sob a forma de *arrependimento*¹¹.

A sua relevância resulta particularmente evidente no processo de escolha e individualização da sanção penal¹². Raras são as sentenças e os acórdãos que não o fazem, seja para as considerar e valorar, seja para as afastar, seja, simplesmente, para constatar a sua inexistência¹³. Não poderia ser de outra

em certos atos em benefício da vítima ou da justiça. No que diz respeito à justiça, importa ter em conta que a utilidade não se restringe ao campo probatório, dado que a relevância penal da conduta colaborativa do agente não se esgota a esse nível.

⁸ Embora fora do âmbito do direito penal, podemos apontar como exemplo paradigmático os artigos 77.º (Dispensa da coima) e 78.º (Redução da coima), da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (novo regime jurídico da concorrência). O primeiro “premeia” a *empresa que revele a sua participação num alegado acordo ou prática concertada, desde que seja a primeira a fornecer informações e elementos de prova que, no entender da Autoridade da Concorrência, lhe permitam alcançar os resultados referidos nas suas alíneas a) e b)*. O segundo “premeia” com a redução da coima as *empresas que, não reunindo as condições estabelecidas no n.º 1 do artigo anterior, forneçam informações e provas sobre uma infração referida no artigo 75.º, que apresentem valor adicional significativo por referência às informações e provas já na posse da Autoridade da Concorrência. O nível da redução mostra-se previsto no n.º 2, beneficiando com uma redução de 30 % a 50 % a empresa que primeiro forneça as informações e provas, com uma redução de 20 % a 30 % a segunda empresa e com uma redução até 20 % as empresas seguintes.*

⁹ *Loc. cit.*, p. 69.

¹⁰ VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.* p. 74.

¹¹ Sobre o comportamento processual do arguido no âmbito da determinação da pena, em que se traduzem a confissão e o arrependimento, DIAS, Jorge de Figueiredo, *loc. cit.*, p. 255, e JESCHECK, Hans-Heinrich, *loc. cit.*, p. 807.

¹² Desde logo porque, como decidido no Ac. TRL de 04.10.2011 (proc. 1484/10.4PFLRS.L1-5), a determinação da medida da pena em função da satisfação das exigências de prevenção obriga à valoração da conduta do agente anterior e posterior ao facto.

¹³ Por exemplo, para justificar a pena concreta imposta ao arguido, como faz o Ac. STJ de 07.12.2006 (proc. 06P4057), ao salientar para o efeito a não demonstração de arrependimento e a não assunção dos factos, ou para justificar a aplicação ou não de determinados institutos, designadamente o da suspensão da execução da pena, onde podem assumir relevância decisiva, como fazem os Acs. STJ de 04.05.1993 (proc. 046183), de 11.05.1995 (proc. 046750) e de 15.04.1998 (proc. 97P1476). Importa referir que, embora dispensando a necessidade de os dois comportamentos ocorrerem em simultâneo, muito embora seja evidente que o peso de ambos em conjunto será obviamente maior do que o peso de cada um deles

forma, dado constituírem, isoladamente, mas sobretudo em conjunto, uma *atenuante valiosa*, como recorda Reinhart Maurach¹⁴ e é salientado de modo particularmente elucidativo no Ac. STJ de 09.07.1986¹⁵.

A importância da *confissão* e do *arrependimento* não se esgota, porém, no campo do processo da determinação da pena que se segue à produção da prova em sede de julgamento. Desempenham, igualmente, papel decisivo na antecipação das consequências jurídicas do crime para as fases processuais anteriores. Destacamos o arquivamento em caso de dispensa da pena e a suspensão provisória do processo, previstos, respetivamente, nos artigos 280.º e 281.º do Código de Processo Penal¹⁶.

2.2. A confissão

2.2.1. Definição geral

A confissão consiste na declaração do agente perante a autoridade judiciária competente a reconhecer que cometeu um crime¹⁷. Esse reconhecimento da própria responsabilidade penal pode abarcar a totalidade do circunstancialismo factual, nos precisos termos descritos na acusação ou na pronúncia, ou somente parte desse circunstancialismo ou de alguns dos elementos do tipo de crime. No primeiro caso, é integral¹⁸. No segundo, é apenas parcial¹⁹.

isoladamente considerado, parte significativa da jurisprudência entende que pelo menos um deles terá de verificar-se para se suspender a execução da pena.

¹⁴ *Tratado de Derecho Penal*, 1962, p. 550 — *a confissão espontânea e o honrado esforço dirigido à reparação da lesão podem constituir indícios favoráveis*.

¹⁵ Proc. 038510 [*a confissão dos factos, acompanhada de contrição, é uma atenuante valiosa*]. Também, Ac. STJ de 12.03.1999 (proc. 98P1057): [*A confissão dos factos, relevante para a descoberta da verdade e acompanhada de arrependimento, tem importante efeito atenuativo*].

¹⁶ Quer num, quer noutro dos referidos institutos, a decisão deve assentar, além do mais, num prognóstico favorável relativamente ao futuro do agente, que dificilmente pode ser feito sem a assunção dos factos ou outros atos de arrependimento. Também aqui, os objetivos de prevenção especial assumem papel nuclear. Cfr., quanto à suspensão provisória do processo, BRANCO, Isabel, *Considerações sobre a aplicação do instituto da suspensão provisória do processo*, p. 39.

¹⁷ Cfr. CLIMENT DURAN, Carlos, *La Prueba penal*, Tomo I, 2.ª ed., p. 377.

¹⁸ A confissão é integral quando abrange todos os “factos imputados”, ou seja, *todos os factos relevantes para a imputação criminal*. Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal*, 4.ª ed., 2011, anotação ao artigo 344.º, p. 889. Cfr., também, MENDES, António Jorge de Oliveira, *Código de Processo Penal Comentado*, 2014, comentário ao artigo 344.º, p. 1098, e Ac. TRC de 07.09.2011 (proc. 424/08.5JACBR.C1): [*A confissão integral e sem reservas implica a aceitação pela arguida de todos os factos que lhe são imputados na acusação*].

¹⁹ A confissão é parcial, precisamente, como refere ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *loc. cit.*, anotação ao artigo 344.º, p. 889, *porque não abrange todos os “factos imputados”, isto é, se não inclui todos os factos relevantes para a imputação criminal*. É o caso daquela em que o arguido nas suas declarações, embora reconhecendo os factos objetivos, invoca para a sua prática uma causa de exclusão da ilicitude e da culpa e, por conseguinte, não confessa o facto subjetivo imputado [Ac. TRC de 18.04.2012 (proc. 54/11.4PTLRA.C1)].

A confissão pode, também, ser feita com ou sem reservas. Tem reservas aquela em que *o arguido admite os factos imputados sob condição de um acontecimento futuro ou na dependência do reconhecimento de outros factos não incluídos na acusação* (ou na pronúncia), *que afastam ou diminuem a sua responsabilidade*²⁰. Não tem reservas aquela em que isso não acontece.

A confissão apenas diz respeito a factos. Excluído fica todo e qualquer aspeto jurídico, designadamente o enquadramento legal da conduta confessada²¹. A título de exemplo, a confissão, ainda que integral e sem reservas, de factos por hipótese erradamente qualificados na acusação ou na pronúncia como tráfico de estupefacientes simples, quando somente integram um tráfico de menor gravidade, não implica a aceitação da qualificação efetuada. Apesar da admissão dos factos, o arguido deve ser absolvido da prática do primeiro e condenado pela prática do segundo. Tal sucede não apenas quando os factos confessados constituem crime menos grave, mas, igualmente, quando se verifica a situação inversa. Imagine-se que o arguido confessa, também de forma integral e sem reservas, os factos que na acusação o Ministério Público considerou preencherem os elementos típicos de um crime de homicídio simples do artigo 131.º do Código Penal, quando, na verdade, um dos factos confessados constitui circunstância qualificativa, reveladora de especial censurabilidade ou perversidade, prevista no n.º 2 do artigo 132.º.

O tribunal não deve condenar o arguido pelo crime de homicídio simples, devendo proceder em conformidade com o disposto no artigo 359.º do Código de Processo Penal, por se tratar de uma situação de alteração substancial dos factos, em virtude da agravação do limite máximo da sanção aplicável²².

Ainda quanto ao conteúdo da confissão, entende-se que não basta o arguido assumir a responsabilidade criminal de forma genérica, impondo-se o reconhecimento pormenorizado dos factos. Em suma, deve concretizar o circunstancialismo do ilícito penal praticado, seja em termos de realização, seja em termos de localização espaço-temporal. Isto não significa, porém, que tenha de repetir a descrição factual da acusação ou da pronúncia. Considera-se suficiente a sua expressa confirmação, desde que previamente lida pelo tribunal.

²⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *loc. cit.*, anotação ao artigo 344.º, p. 890. Por exemplo, como decidido no Ac. TRG de 07.12.2009, *in* CJ, 2009, Tomo V, p. 270, não será «sem reservas» a confissão em que *o arguido, embora reconhecendo os factos que integram os chamados elementos objetivos do crime, lhes contrapõe ou acrescenta outros com vista a eximir-se da responsabilidade*.

²¹ Portanto, como refere ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *loc. cit.*, anotação ao artigo 344.º, p. 888, *a aceitação dos factos não importa a aceitação da incriminação imputada*.

²² Cfr. artigo 1.º, alínea f), do Código de Processo Penal (CPP).

2.2.1.1. A confissão como meio de prova

Enquanto reconhecimento da prática de um crime, a declaração confesória constitui um meio de prova²³. Recusar-lhe essa natureza seria negar uma evidência²⁴. Trata-se, aliás, de um meio de prova de extrema relevância. Tendo o arguido participado diretamente nos factos, ninguém melhor do que ele para os confirmar ou, se necessário, esclarecer. A confissão constitui, pois, um modo particularmente privilegiado de demonstração dos factos²⁵ *juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena*, que nos termos do n.º 1 do artigo 124.º do Código de Processo Penal constituem o objeto da prova.

Apesar da inquestionável importância que continua a ter em termos probatórios, a confissão perdeu, no entanto, o estatuto de *rainha das provas*, que lhe foi reconhecido no passado. Recuando ao período do Império Romano, era geralmente considerada *prova bastante*, admitindo-se o recurso ao *tormento* para a conseguir. Posteriormente, na Idade Média, com as leis canónicas, onde passou a ser encarada como manifestação de arrependimento, exigia-se que fosse obtida a todo o custo. Generalizou-se o recurso ao tormento físico e psicológico, ganhando a doutrina da confissão uma enorme *autoridade*²⁶.

Vista como um *excelente* meio de prova na *Constitutio Criminalis Carolina*, esta impunha ao juiz que se esforçasse para a alcançar, muito embora não a considerasse *como prova única*. Representou, porém, uma enorme evolução, na medida em que não abdicou de exigir ao julgador *o escrupuloso exame da sua sinceridade*.

A sua importância manteve-se nos modelos de processo penal inquisitório dos estados absolutistas, onde manteve o estatuto de meio de prova essencial. Continuou a admitir-se o uso da tortura, da ameaça e de qualquer outra forma de violência, física ou psicológica, para a conseguir, à semelhança do que acontecia na Idade Média, em particular com a inquisição. Tudo se alterou com o advento do iluminismo e do respeito pelos direitos, liberdades e garantias e pela dignidade da pessoa humana próprio da concepção liberal do Estado. A partir daí, o arguido deixou de ser considerado como um mero

²³ Como tal, encontra-se prevista no artigo 344.º (capítulo III do Título II do Livro VII do CPP — *da produção da prova*), ocupando em termos de ordem de produção a declaração do arguido o primeiro lugar (cfr. artigo 341.º). Anote-se que as regras gerais relativas às declarações do arguido, enquanto meio de prova expressamente previsto na lei, se mostram fixadas no artigo 140.º do CPP.

²⁴ Já o afirmava MITTERMAIER, Carl Joseph Anton, *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, 1877, p. 201.

²⁵ Cfr. artigo 341.º do Código Civil, que atribui às provas a *função de demonstração da realidade dos factos*.

²⁶ MITTERMAIER, Carl Joseph Anton, *loc. cit.*, pp. 207 e 208.

objeto do procedimento e passou a ser reconhecido como verdadeiro sujeito processual, dotado de efetivos direitos e garantias constitucionais.

2.2.1.2. A confissão como manifestação da personalidade do arguido

Em certos casos, enquanto reação contrária do arguido ao crime cometido, enquanto ato expiatório e de autorreprovação e, portanto, enquanto ato concreto de arrependimento, a confissão torna-se, também, essencial para o tribunal aferir da personalidade do arguido e, conseqüentemente, para fazer funcionar o fim preventivo especial da pena²⁷.

Por essa razão, ainda que o seu contributo para a descoberta da verdade seja pouco, ou inclusivamente nenhum, por exemplo nos casos de flagrante delito, onde a sua valia como meio de prova pode ser nula, deve ser sempre considerada, dado constituir, independentemente da sua utilidade em termos probatórios, *um sinal poderoso no sentido da inexistência de necessidades preventivas*²⁸.

2.2.2. Pressupostos de validade da confissão

Para produzir efeitos jurídicos, a declaração confessória deve obedecer a vários pressupostos de validade.

Em primeiro lugar, tratando-se de um ato eminentemente pessoal, tem de ser prestada pelo próprio arguido.

Carece, pois, de base legal, sendo inválida, a confissão feita através do defensor sem a presença do arguido²⁹. O mesmo acontece se feita na con-

²⁷ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal II*, pp. 329 e 330, refere que *as conseqüências da confissão ou negação do facto de que alguém é acusado têm, por outro lado, que se conxionar sempre com a possibilidade de serem referidas à personalidade do criminoso e com a natureza do próprio processo penal. Assim, a confissão corresponde muitas vezes a um arrependimento que mostra o carácter estranho do facto relativamente à personalidade*. Por sua vez, MAURACH, Reinhart, *loc. cit.*, pp. 541 e 542, anota que *a investigação da personalidade do agente representa a base decisiva para a «efetividade penal»*, não apenas ao nível dos fins preventivos, como também ao nível do fim retributivo da pena. Concretizando, refere que *a maior ou menor «sensibilidade penal» do autor é um fator que pode influir também ao nível da medida da compensação justa; «ceteris paribus», uma menor pena produzirá o mesmo efeito retributivo num autor impressionável e sensível à punição do que uma pena muito mais grave num sujeito menos acessível*. Por ser assim, a medida da pena deverá ser diferente, como sucede, aliás, na fixação da pena de multa, sem que se mostre violado o princípio da igualdade.

²⁸ Cfr. Ac. TRL de 04.10.2011 (proc. 1484/10.4PFLRS.L1-5). Também ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal*, anotação ao artigo 71.º, p. 363. Em sentido contrário era praticamente unânime a jurisprudência espanhola na vigência do Código Penal de 1928, que negava valor atenuativo à confissão em caso de irrelevância ou ineficácia para a ação da justiça, com a agravante de presumir a inexistência do arrependimento nessas situações, o que é veementemente criticado por VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, p. 180

²⁹ Situação tratada no Ac. TRC de 04.02.2015 (proc. 96/12.2GBMIR.CI), onde foi decidido que *carece de base legal, e como tal é nula e de nenhum efeito, a confissão, através de defensor, ainda que invocando a confirmação do arguido através do telefone*.

testação e não for confirmada em audiência perante o juiz do julgamento³⁰. É certo que, atualmente, a alínea b) do n.º 1 do artigo 357.º do Código de Processo Penal³¹ permite a utilização das declarações prestadas pelo arguido antes da fase de julgamento, desde que *tenham sido feitas perante autoridade judiciária com assistência de defensor e tenha sido devidamente informado nos termos e para os efeitos do disposto na alínea b) do n.º 4 do artigo 141.º* do mesmo diploma. Importa, porém, ter em conta o disposto no n.º 2 do daquele artigo, que é expresso no sentido de que *as declarações anteriormente prestadas pelo arguido reproduzidas ou lidas em audiência não valem como confissão nos termos e para os efeitos do artigo 344.*³² Uma das consequências de tal exceção é a retratabilidade da confissão.

Em segundo lugar, a confissão deve ser livre.

Significa, desde logo, que o arguido não pode, em circunstância alguma, ser obrigado a confessar, designadamente através de tortura, física ou psíquica, coação, ofensa à integridade física ou moral, falsas promessas ou artifícios enganosos. Significa, também, que não pode estar, por qualquer forma, limitado nas suas faculdades psíquicas e mentais, circunstância que, obviamente, excluiria qualquer liberdade em termos de declaração.

Essa liberdade de declaração mostra-se salvaguardada no Código de Processo Penal através de um conjunto de regras, umas de carácter geral, outras especificamente orientadas para a concreta situação do arguido enquanto sujeito processual. Destaca-se a regra geral sobre os meios proibidos de prova do n.º 1 do artigo 126.³³ Destacam-se, igualmente, a regra relativa à prestação de declarações pelo arguido, prevista no artigo 140.³⁴, e a regra de que os interrogatórios de arguido preso sejam *sempre feitos com a assistência do defensor*, prevista no n.º 3 do artigo 144.³⁵

Para além das referidas regras, a consagração do direito ao silêncio e à não autoincriminação no âmbito do processo penal, que decorre diretamente do respeito pela dignidade da pessoa humana e é indissociável das regras

³⁰ Cfr. CLIMENT DURAN, Carlos, *La prueba penal*, pp. 378 e ss; Ac. STJ de 20.03.96, BMJ n.º 455, p. 372 [...] *A confissão efetuada na contestação não tem força probatória plena, sendo uma simples declaração a confirmar ou não em audiência*.

³¹ Redação introduzida pela Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro.

³² Não é, pois, de aceitar a jurisprudência do Ac. TRC de 04.02.2015, segundo a qual a confissão do arguido ausente é relevante se *constar de declarações validamente produzidas e que possam ser lidas em audiência, nos termos do artigo 357.º do CPP*.

³³ Qualquer confissão obtida *mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas* será, pois, nula, atenta a regra geral sobre os meios proibidos de prova do n.º 1 do artigo 126.º do CPP.

³⁴ O n.º 1 do artigo 140.º do CPP, ao impor, como regra, que o arguido preste declarações *livre na sua pessoa*, pretende afastar qualquer tipo de pressão sobre o mesmo, o que igualmente sucede com a não prestação de juramento quanto às declarações que queira prestar sobre os factos, consagrada no n.º 3 da mesma norma.

³⁵ A presença do defensor, como tem entendido o Supremo Tribunal Federal dos EUA, salvaguarda a liberdade de declaração do arguido, em particular a liberdade de se remeter ao silêncio, consagrada na V Emenda da Constituição Norte Americana (Cfr. *Miranda v. Arizona, Facts and Case Summary*, in <http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-miranda-v-arizona>).

próprias de um Estado de Direito, constitui outra importante garantia da liberdade confessória³⁶. Em primeira linha, impede qualquer interpretação do silêncio do arguido como aceitação dos factos³⁷. Sendo, porém, inquestionável que em caso algum o uso do direito ao silêncio poderá prejudicar o arguido, certo é, também, que não o deverá beneficiar³⁸.

De modo a reforçar a sua salvaguarda, o juiz deverá sempre informar o arguido desse seu direito³⁹, devendo, igualmente, caso pretenda confessar os factos, perguntar-lhe, sob pena de nulidade, *se o faz de livre vontade e fora de qualquer coação, bem como se se propõe fazer uma confissão integral e sem reservas*⁴⁰.

³⁶ Tendo surgido inicialmente em Inglaterra em virtude dos abusos cometidos desde o Séc. XVII pela *Star Chamber*, que recorria usualmente à tortura quando o imputado recusava prestar declarações ou mesmo juramento prévio às mesmas, o direito ao silêncio e à não autoincriminação integra o elenco de direitos processuais do arguido previsto no artigo 61.º do CPP, traduzindo-se, genericamente, na possibilidade de se poder recusar a prestar declarações sobre os factos [direito a *não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar* (alínea c) do n.º 1 do artigo 61.º e alínea a) do n.º 4 do artigo 141.º do CPP]; direito a *prestar declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objeto do processo, sem que no entanto a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo* (n.º 1 do artigo 343.º do CPP)]. Sendo *um dos pilares do processo penal português*, tem, entre nós, como é pacificamente aceite, natureza constitucional, muito embora não se mostre expressamente consagrado no texto da Constituição. Como refere MENDES, Paulo de Sousa, *O dever de colaboração e as garantias de defesa*, p. 15, *há quem o baseie muito simplesmente nas garantias processuais consagradas genericamente nos artigos 20.º, n.º 4, in fine, e 32.º, n.º 1, da CRP. Outros, porém, consideram, não obstante aceitarem tais garantias processuais como fundamento direto e imediato do “nemo tenetur”, que este princípio carece ainda de uma fundamentação última de caráter não processualista, mas antes de ordem material ou substantiva, ligando-o desta feita aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, nos termos do artigo 1.º CRP*. Mostra-se reconhecido em múltiplos instrumentos de direito internacional, designadamente, no artigo 14.º, 3, alínea g), do «Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos», adotado pela resolução 2200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas de 16 de dezembro de 1966; no artigo 15.º da «Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes», adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1984; de forma implícita, no artigo 6.º, n.º 2, da «Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais», ao estabelecer que *qualquer pessoa acusada de uma infração [se] presume inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada*; e no artigo 8.º, n.º 2, alínea g), da «Convenção Americana sobre Direitos Humanos» («Pacto de São José da Costa Rica»).

³⁷ Alguns sistemas penais consagram expressamente essa regra, como é o caso do brasileiro, no parágrafo único do artigo 186.º do CPP [O *silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa*].

³⁸ O Ac. TRC de 13.01.2010 (proc. 546/06.7GTLRA.C1) recorda que *a génese do direito ao silêncio não assenta num intuito de beneficiar o arguido, antes decorrendo do princípio do acusatório, que impõe à acusação o dever de provar os factos que lhe são imputados, facultando ao arguido um comportamento que, em última análise, poderá obstar a que se autoincrimine*. O princípio «*nemo tenetur se ipsum accusare*», seguindo ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 2013, p. 122, pode, pois, *figurar como critério seguro de demarcação e de fronteira entre o processo de estrutura acusatória e as manifestações de processo inquisitório*.

³⁹ Artigo 343.º, n.º 1, do CPP.

⁴⁰ Tratando a questão, o Ac. TRG de 07.12.2009, CJ, 2009, Tomo 5, p. 270, ordenou a repetição do julgamento por o juiz não ter feito as perguntas indicadas no artigo 344.º, n.º 1, do CPP,

Contrariamente ao que acontece noutros sistemas penais, o português não exige que a confissão seja corroborada por outros meios de prova⁴¹. Basta que convença o tribunal, isto é, que seja verdadeira⁴². Sendo-o, valerá por si só no que aos factos confessados diz respeito, todos os imputados ao arguido ou apenas uma parte dos mesmos. Importa, porém, fazer a seguinte ressalva: a declaração confessória apenas releva relativamente ao arguido que a faz. Implicando outros, funciona a regra do n.º 4 do artigo 345.º do Código de Processo Penal.

2.2.3. O chamado “direito à mentira”

Intimamente ligado ao direito ao silêncio encontra-se o que muitos denominam “direito à mentira” e defendem com base na inviolabilidade da personalidade e da pessoa humana, do direito de defesa e da liberdade.

Em bom rigor, trata-se de uma estratégia de defesa, umas vezes acertada, outras nem tanto, e não de um direito.

A sua existência mostra-se, desde logo, contraditória com o próprio direito ao silêncio, na medida em que pressupõe a sua quebra, visto implicar a prestação de declarações, embora não verdadeiras.

Acresce que, podendo exercer o direito ao silêncio de forma seletiva, respondendo a umas perguntas e recusando responder a outras, em função dos seus interesses de defesa, o arguido não necessita de mentir. Basta-lhe dizer que não pretende responder às perguntas que o podem incriminar e continuar a responder apenas às perguntas que o favorecem.

Por maioria de razão, poderá, também, sem necessidade de mentir, esquivar-se às perguntas, respondendo de forma ambígua e genérica.

isto é, por não ter perguntado se a confissão era “livre de qualquer coação” e se era “integral e sem reservas”. Relativamente à omissão das perguntas do n.º 1 do artigo 344.º do CPP, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal*, anotação ao artigo 344.º, p. 889, diz constituir *uma nulidade sanável, que deve ser arguida durante a audiência*.

⁴¹ Como sucede, por exemplo, no Peru, cujo CPP, no seu artigo 160.º, n.º 2, exige, para valer como prova, que seja devidamente corroborada por outro ou outros meios de prova, para além de prestada livremente e com o arguido no estado normal das suas faculdades psíquicas perante o juiz ou o fiscal (magistrado do Ministério Público), na presença do seu advogado. É o que sucede, também, embora de forma menos incisiva, no Brasil, onde o artigo 197.º do CPP estabelece que *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*.

⁴² “Veraz”, na expressão de MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª ed., 2015, p. 640. Havendo, aliás, dúvidas do tribunal quanto à veracidade da confissão, seja integral e sem reservas, seja parcial ou com reservas, tal como sucede quando duvidar da imputabilidade plena do arguido ou da veracidade dos factos confessados, não poderão estes ser dados como provados. Nesse sentido é inequívoca a alínea b) do n.º 3 do artigo 344.º do CPP, que, muito embora se refira expressamente à confissão integral e sem reservas, não pode, por uma questão de coerência do sistema, deixar de abranger a confissão parcial ou com reservas.

A sua existência afronta, por outro lado, a própria coerência do sistema, que assegura ao arguido os meios e garantias processuais suficientes para uma ampla defesa. Destaca-se o direito à presunção de inocência, que por si só o dispensa da obrigação de falar e, conseqüentemente, de mentir.

Por outro lado, se é legítimo ao arguido exigir da justiça que atue com respeito pelo princípio da boa-fé, o mínimo que se espera é que ele faça o mesmo.

Seguramente, não o fará mentindo.

Finalmente, será de questionar se um suposto “direito à mentira”, em parte alguma consagrado expressamente, não viola o princípio da igualdade. Com efeito, importa ter em conta que a vítima, muitas vezes colocada numa posição de extrema fragilidade, tem que falar verdade, contrariamente ao arguido, dispensado, inclusivamente, de prestar juramento. No mínimo, para além de contrariar os próprios fins da justiça e os objetivos do processo penal, seria moralmente incompreensível.

2.2.4. O relevo jurídico da confissão enquanto meio de prova

A confissão que se mostre útil para a administração da justiça, designadamente ao nível da descoberta da verdade, não pode deixar de ser valorada no momento da escolha e da determinação da pena. Com efeito, como refere Paulo Pinto de Albuquerque⁴³, *de um modo genérico, toda a colaboração prática com as autoridades na descoberta da verdade deve ser creditada a favor do agente no balanço das necessidades preventivas do caso. Por isso, os tribunais se inclinam frequentemente a recompensar com a clemência o autor confesso*⁴⁴.

Quanto maior for essa utilidade, maior será, também, o seu peso a favor do arguido. A esse nível existe um relativo consenso no seio da doutrina e da jurisprudência⁴⁵.

⁴³ *Comentário do Código Penal*, 3.ª ed., 2011, anotação ao artigo 71.º, p. 363.

⁴⁴ Cfr. MAURACH, Reinhart, *loc. cit.*, p. 547, referindo-se aos tribunais alemães.

⁴⁵ Ac. TRP de 05.06.2015 (proc. 8/13.6PSPRT.P1): [*I - A confissão integral e sem reserva do arguido dos factos de que é acusado, tem um valor que varia segundo o contributo que fornece para a descoberta da verdade. II - Essa confissão fundamenta uma atenuação especial da pena se se traduzir numa verdadeira e imprescindível colaboração para a descoberta da verdade, sem a qual não se sustentaria a condenação e constituir uma inequívoca manifestação de culpabilidade*]. Assim se justificou, como resulta desenvolvido no texto do referido acórdão, o acerto da decisão da primeira instância que atenuou especialmente a pena a um arguido, nos termos do artigo 72.º do CP (uma confissão que *não constituiu “mera estratégia de defesa”, mas verdadeira e imprescindível colaboração na descoberta da verdade, sem a qual seria certamente absolvido, em obediência ao princípio “in dubio pro reo”*); Ac. TRC de 15.02.2012 (proc. 363/10.0PBCBR.C1): [*Não é toda e qualquer confissão que releva positivamente para a determinação da medida da pena (...). O seu valor processual, em termos práticos, acaba por variar na razão direta da sua relevância, podendo assumir um vasto leque de graduações que vão da confissão extremamente relevante (a que permite ultrapassar acentuadas dúvidas ou ter como assentes factos para os quais não existe outra*

Desde logo, é indiscutível que a confissão feita logo no início do julgamento, antes de produzida a prova, e a confissão feita no final do julgamento, quando os factos já estão demonstrados, não podem ter o mesmo valor⁴⁶. Terá mais peso a primeira, seja como atenuante geral, seja como fator de medida concreta da pena.

Com efeito, enquanto declaração do arguido, sendo pela ordem normal o primeiro meio de prova a ser produzido, poderá tornar desnecessários os demais. É o que sucede nos casos de confissão integral e sem reservas, que pode implicar, nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 344.º do Código de Processo Penal, a *renúncia à produção da prova relativa aos factos imputados e consequente consideração destes como provados* e, nos termos da alínea b) da mesma norma, a *passagem de imediato às alegações orais e, se o arguido não dever ser absolvido por outros motivos, à determinação da sanção aplicável*, com a inerente poupança de tempo e meios, atualmente uma preocupação transversal a todos os setores da atividade pública e estadual⁴⁷.

prova) à confissão absolutamente irrelevante (a título de exemplo, a confissão feita após concluída a produção da prova, quando todos os factos confessados se oferecem já como manifestamente provados; a confissão do óbvio, quando tiver havido prisão em flagrante delito)].

⁴⁶ Lembre-se que, no julgamento, a confissão pode ocorrer durante as primeiras declarações do arguido subsequentes à sua identificação, durante a produção da prova e mesmo após as alegações finais, aquando das últimas declarações nos termos do artigo 361.º do CPP, altura em que dispõe da derradeira oportunidade para o poder fazer.

⁴⁷ Diz ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal*, anotação ao artigo 344.º, p. 891, que a confissão livre, verdadeira, integral e sem reservas feita no início da audiência *deve implicar, em regra, a atenuação especial da pena, se o arguido não dever ser absolvido por outros motivos*. Com efeito, *o direito processual penal português não dá qualquer proteção à expectativa do arguido que confesse em relação à sua pena, mas a benesse da atenuação especial da pena justifica-se político-criminalmente por o arguido revelar espírito de colaboração com a justiça e poupar as vítimas a uma vitimização secundária e o Estado a gastos acrescidos de tempo e dinheiro*. Justifica-se que assim seja porque, como anota o Ac. STJ de 09.10.1991 (proc. 042083), tal confissão *potencia a economia processual numa ótica de celeridade e eficiência na medida em que, dispondo-se o arguido a confessar integralmente os factos que lhe são atribuídos, sem quaisquer reservas não haveria que proceder a quaisquer outras diligências tendentes a demonstrar a sua prática pelo arguido, passando-se, assim e desde logo, à fase imediata*. Importa, todavia, não olvidar, como ali sumariado, *que quer na hipótese de confissão integral e sem reservas, quer no caso de confissão parcial ou com reservas, o tribunal mantém intacta a sua liberdade de apreciação e, consequentemente, pode admitir ou não a confissão (...)*. Assim, *a confissão do arguido, mesmo no caso de ser admitida, não impede, necessariamente, a produção de prova em audiência, mormente no que respeita à prova da defesa, para o efeito da escolha e da medida da reação criminal a aplicar, em tal sentido devendo interpretar-se o citado artigo 344.º*. Não se encontra, pois, vinculado à confissão, ainda que integral e sem reservas, cabendo-lhe decidir, em sua livre convicção, se deve ter lugar e em que medida produção da prova quanto aos factos confessados, como resulta do n.º 4 do artigo 344.º do CPP. A propósito desta norma, consideramos não ser de seguir o entendimento de ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *loc. cit.*, anotação ao artigo 344.º, p. 890, no sentido de que a confissão de crime punível com pena superior a cinco anos de prisão está subtraída ao regime do artigo. A disposição em causa aponta precisamente em sentido contrário, ao referir-se expressamente aos casos do número anterior, um dos quais é precisamente o crime ser punível com pena de prisão superior a 5 anos.

Indiscutível é, também, que a confissão de um crime quando o arguido foi surpreendido e detido no momento da sua prática e a confissão de um crime onde tal não aconteceu, deverão, do mesmo modo, ser valoradas diferentemente. Com efeito, e muito embora não deixe de funcionar o princípio constitucional da presunção de inocência, no primeiro caso dificilmente ficará por provar a autoria do crime. Por essa razão, porque mais não é do que a admissão do óbvio, o peso da confissão terá, necessariamente, de ser inferior, não significando, porém, que seja nulo.

Igualmente indiscutível é a enorme relevância da confissão nos casos em que a infração não é ainda conhecida das autoridades. Nessas situações, pela sua decisiva importância como meio de prova, o seu valor, designadamente como atenuante geral ou como fator de medida da pena concreta, não pode deixar de ser particularmente elevado, o que igualmente se justifica do ponto de vista da prevenção geral e especial⁴⁸.

Podemos, pois, assentar na ideia de que o peso da confissão no momento da determinação da sanção varia na proporção da sua utilidade para o sistema da administração da justiça, designadamente enquanto meio de prova e da sua maior ou menor dificuldade. Em jeito de síntese, *quanto mais espontânea, desinteressada e atempada se apresentar, maior será o seu valor atenuativo*⁴⁹.

2.2.5. Situações particulares

2.2.5.1. Confissão e flagrante delito

Nos casos de detenção em *flagrante delito*⁵⁰ e, de uma maneira geral, em todos os casos em que se torna claro que a prova está feita por outros meios, alguns penalistas entendem que a confissão não deve ter *nenhum*

⁴⁸ Dá nota VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, pp. 178 e 180, que, na vigência do Código Penal de 1928, a jurisprudência espanhola apenas admitia a confissão como circunstância atenuante desde que ocorresse antes de o agente conhecer a abertura do procedimento criminal. Justificava-o com base na decisiva relevância que a declaração confessoria assumia para a ação da justiça nessas situações, entendida como manifestação de um certo arrependimento, na medida em que o agente se denuncia a si próprio. Em contraposição, a confissão, ainda que sincera, que ocorresse após o agente ter conhecimento da abertura do procedimento criminal não valia como atenuante, por não facilitar a ação da justiça.

⁴⁹ MARTINS, António Lourenço, *Medida da pena — Finalidades — Escolha*, 2011, p. 513.

⁵⁰ O artigo 256.º do CPP define flagrante delito como sendo *todo o crime que se está cometendo ou se acabou de cometer* (n.º 1) e ainda *o caso em que o agente for, logo após o crime, perseguido por qualquer pessoa ou encontrado com objetos ou sinais que mostrem claramente que acabou de o cometer ou nele participar* (n.º 2). Constituem, pois, requisitos do flagrante delito a imediatez temporal (o crime está a ser cometido ou acabou de ser cometido, que abrange não apenas o momento em que o agente se encontra a cometer o crime, isto é a praticar os respetivos atos de execução, como ainda todos os atos já abrangidos pela tentativa, mas, também, o momento subsequente à própria execução do ilícito criminal) e a imediatez pessoal (o agente encontra-se no lugar dos factos ou com objetos ou sinais, por exemplos

significado. Essa é a posição de Eduardo Correia⁵¹, cuja doutrina continua a ser seguida pela maioria dos tribunais portugueses e da qual discordamos⁵².

Desde logo, porque, contrariamente ao que acontece em alguns ordenamentos estrangeiros, como, por exemplo, o peruano⁵³, que afastam expressamente os benefícios da confissão havendo flagrante delito ou quando os elementos probatórios que constam do processo sejam de tal modo abundantes ou claros que não deixam dúvidas quanto à prática dos factos pelo arguido, a lei portuguesa em lado algum exclui o benefício da declaração confessória nessas situações. Não o faz para efeitos da determinação da pena, como não o faz, também, para efeitos de redução da taxa de justiça, prevista na alínea c) do n.º 2 do artigo 344.º do Código de Processo Penal⁵⁴.

Acresce, socorrendo-nos, aliás, das próprias lições de Eduardo Correia, que a atenuante da confissão não assenta apenas em razões de política criminal (traduzidas *em conseguir através dela facilitar a ação da justiça e a reparação do crime*⁵⁵). Deve, como, igualmente, afirma o ilustre professor, ser também conexcionada com a possibilidade de se referir à *personalidade do criminoso*⁵⁶. A ser assim, impõe-se aferir essa personalidade e apurar se a confissão, muito embora relativa a uma situação de prova clara, não será de levar em linha de conta na medida em que confirma, por exemplo, uma situação delitativa ocasional.

Valem, pois, nesta sede, também, razões de prevenção especial, que importa considerar sempre, tanto mais que, como lembra Jorge de Figueiredo Dias⁵⁷, a conduta do arguido posterior ao facto criminoso releva *por via da prevenção, nomeadamente quando ligada à categoria da necessidade de pena*.

Alguns argumentos suplementares podem, ainda, ser apresentados em abono da nossa posição.

instrumentos, relacionados com o crime e que constituem prova clara no sentido de que participou no mesmo).

⁵¹ *Direito Criminal II*, p. 387.

⁵² Cfr. Ac. STJ de 18.06.1997 (proc. 97P533): [*Tendo o arguido sido detido em flagrante delito na posse de produto estupefaciente na sua viatura, e bem assim de heroína, cocaína e haxixe, na busca domiciliária efetuada numa casa desabitada por si utilizada, tem diminuto valor atenuativo a sua confissão integral e sem reservas e o seu arrependimento*]; Ac. STJ de 18.10.2006 (proc. 06P2813) [*(...) confessou integralmente e sem reservas os factos criminosos, o que não assume valor significativo, posto que detido em flagrante delito*]; Ac. STJ de 09.12.2010 (proc. 100/10.9JELSB.S1) [*(...) A confissão dos factos pelo arguido, em caso de flagrante delito com subsequente detenção pela polícia, para assistência em hospital, a fim de assegurar sua sobrevivência física, tem valor nulo*].

⁵³ Cfr. artigo 161.º do CPP peruano de 2004 (*Efecto de la confesión sincera*).

⁵⁴ A nossa legislação penal, impondo que o comportamento do arguido posterior ao crime seja levado em linha de conta para efeitos de determinação da pena, também não faz nenhuma distinção a esse nível. Por outro lado, a nossa legislação processual penal consagra, desde a fase inicial do processo, benefícios em troca do comportamento processual do arguido, não excluindo situações particulares, por se alcançar uma conclusão célere do processo. Não faz, pois, nenhum sentido que esse princípio não se aplique à fase do julgamento.

⁵⁵ *Direito Criminal II*, p. 387.

⁵⁶ *Direito Criminal II*, p. 329.

⁵⁷ *As consequências Jurídicas do Crime*, p. 254.

Desde logo, não pode aceitar-se como dado adquirido inexistir para o arguido surpreendido em flagrante delito outra alternativa que não seja a confissão dos factos, dada a sua evidência.

A realidade trata de o desmentir. Na verdade, verifica-se com alguma frequência não haver confissão em situações que não oferecem dúvidas, ou porque o arguido se remete legitimamente ao silêncio, ou porque, optando por declarar, o faz negando os factos.

Não valorar a confissão em casos de flagrante delito suporia, por outro lado, atribuir-lhe relevância meramente probatória, interpretação que não se mostra suportada na lei. Aliás, a circunstância de o arguido ainda poder prestar declarações após as alegações finais, quando já foi produzida toda a prova, impõe precisamente conclusão contrária. Com efeito, tendo essas últimas declarações como objetivo facultar-lhe a possibilidade de alegar derradeiras circunstâncias em sua defesa, a assunção dos factos não poderá deixar de ser uma delas.

Finalmente, importa anotar que a confissão, seja integral e sem reservas, seja parcial ou com reservas, pode ser decisiva para uma menor duração do processo, já que permite prescindir da produção da demais prova ou, eventualmente, de parte dela.

Desmistifica-se, assim, o argumento da sua desnecessidade.

Com efeito, abreviando o processo, permite o funcionamento mais eficiente, eficaz e célere da justiça, o que não pode deixar de pesar favoravelmente em benefício do arguido. A diminuição da taxa de justiça prevista no artigo 344.º, n.º 2, alínea c), do Código de Processo Penal, nos casos de confissão integral e sem reservas, vai nesse sentido.

2.2.5.2. Confissão e suspensão da execução da pena no crime de tráfico de estupefacientes

Invocando razões de prevenção geral, a jurisprudência portuguesa é também maioritária no sentido de afastar a suspensão da execução da pena nos crimes de tráfico de estupefacientes, mesmo em situações de confissão integral e sem reservas e de arrependimento sincero⁵⁸.

Consideramos questionável.

Desde logo, porque, por muito sérias que sejam as razões de prevenção geral e a necessidade de combater o flagelo que constitui o consumo de produtos estupefacientes, não estabelecendo a lei qualquer exceção relativa-

⁵⁸ Nesse sentido, Ac. STJ de 08.05.2008 (proc. 08P1134), que, realçando o papel da *prevenção geral* na repressão ao crime de tráfico de estupefacientes, revogou a suspensão da execução de uma pena de prisão, acompanhada de regime de prova, fixada na primeira instância, a um “correio de droga” sem antecedentes criminais conhecidos e que demonstrou arrependimento.

mente ao crime de tráfico não pode fazê-lo o julgador⁵⁹. Temos, assim, como acertada e conforme com a lei a jurisprudência que valora a confissão e o arrependimento para efeito de suspensão da execução da pena ou da sua atenuação especial nos crimes de tráfico de estupefacientes, desde que verificados os necessários pressupostos⁶⁰.

2.3. O arrependimento

2.3.1. Definição geral

José Maria Rodríguez Devesa define o arrependimento *como um pesar pelo delito cometido, um desejo de não o ter praticado*⁶¹. Eugénio Cuello Calón, indicando como seu fundamento *um estado subjetivo de pesar e de aflição motivados pelo delito*, diz tratar-se de um *ato pessoal de contrição* que leva o agente *a condenar-se a si mesmo, «iure proprio»*⁶². Santiago Mir Puig, pelo contrário, qualifica-o não como um sentimento de pesar ou de remorso, mas antes como *a vontade de afastamento do delito e de cooperação com o direito*⁶³, *procurando despojá-lo de qualquer conotação ético-religiosa*⁶⁴.

Embora o inclua entre as circunstâncias modificativas atenuantes gerais do n.º 2 do artigo 72.º, o Código Penal Português não o define. Limita-se a dizer que pode extrair-se de determinados atos ou condutas, que, todavia, não concretiza, indicando, a título meramente exemplificativo, *a reparação levada a cabo pelo agente, até onde era possível, dos danos causados*⁶⁵.

⁵⁹ Desde logo, por violar o princípio da legalidade. A criação de exceções no âmbito dos crimes ligados à droga tem sido, no entanto, uma realidade por parte de alguma jurisprudência. A título de exemplo, aponta-se o Ac. STJ de 17.06.1993 (proc. 043729), que, invocando a *excepcionalidade da detenção de estupefaciente para exclusivo consumo do detentor*, fez recair neste (e não no Ministério Público) a *incumbência de alegar e provar a factualidade consubstanciadora da especificidade do dolo, privilegiante dessa detenção*, o que constitui uma flagrante situação de inversão do ónus da prova não consentida pela lei e sucessivamente recusada pelo Tribunal Constitucional.

⁶⁰ No que diz respeito à suspensão da execução da pena, o Ac. STJ de 29.11.1989 (proc. 040422) considerou suficiente a *confissão espontânea, sincera e relevante para a descoberta da verdade, aliada a uma personalidade não tendencialmente criminosa, de um traficante de droga*. Quanto à atenuação especial da pena, o Ac. STJ de 07.01.2010 (proc. 14/08.2PBOLH.E1.S1) entendeu estarem verificados os respetivos pressupostos numa situação em que, a par de outras circunstâncias, a arguida *confessou a sua atividade de tráfico tal como ficou provada*.

⁶¹ *Derecho Penal Español. Parte General*, p. 683.

⁶² *Derecho Penal*, tomo I, 18.ª ed., 1980, p. 585. Anote-se que para CUELLO CALON, Eugenio, aquele estado subjetivo, ou *animo “subsequens”*, diferente e posterior ao que deu causa ao delito, é gerado por *um estado de consciência ético-psicológico nascido dos sentimentos religiosos ou meramente morais* do agente, que provoca real remorso, dor ou pesar pela má conduta que constituiu a prática do crime.

⁶³ *Lecciones de Derecho Penal*, 1983, p. 352.

⁶⁴ Indo, pois, de encontro com as críticas apontadas pela doutrina espanhola ao *arrependimento espontâneo* do n.º 9 do artigo 9.º do Código Penal de 1973 materializadas no Projeto de 1979 (artigo 27.º, 6.º), que o eliminou, bastando-se com a *voluntariedade*.

⁶⁵ Também no direito comparado a reparação dos danos constitui um dos possíveis atos através dos quais se pode manifestar o arrependimento. A título de exemplo, mostra-se previsto como

Além da reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados, também a confissão pode constituir um dos elementos objetivos do arrependimento⁶⁶. Porém, apesar dessa estreita ligação, a primeira não pressupõe por si só o segundo⁶⁷, muito embora sejam raras as situações de confissão sem arrependimento e mais raras, ainda, as de arrependimento desacompanhado de confissão⁶⁸.

Trata-se, pois, do comportamento processual positivo pós-delito do arguido, *realizado em benefício da vítima, ou da administração da justiça — ou por esta considerado útil — e, por isso, valorado positivamente pelo direito*⁶⁹. Ou seja, como assinala o Ac. STJ de 18.02.1999⁷⁰, do comportamento que a doutrina italiana apelida de arrependimento «*post delictum*», que *não se confunde com o arrependimento ativo previsto no artigo 24.º do Código*

fator de medida da pena no §46 do StGB. Como tal, constava expressamente na circunstância 9.ª do artigo 9.º do Código Penal espanhol de 1973 (*arrepentimiento espontáneo*), juntamente com a confissão e satisfação dada ao ofendido, mantendo-se no Código Penal de 1995. Anote-se, porém, que este último diploma deixou de fazer referência expressa à atenuante do arrependimento, limitando-se a indicar a confissão às autoridades (artigo 21.º, 4.ª) e a reparação do dano (artigo 21.º, 5.ª) enquanto ações (pós-delito) a favor da vítima e em prol do funcionamento da justiça. Desta forma, o legislador espanhol atendeu às duras críticas apontadas pela doutrina à utilização do termo *arrepentimento*, que constava daquele primeiro diploma, dado o sistemático recurso por parte da jurisprudência a critérios morais e inclusivamente ético-religioso para a sua interpretação, como salienta VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, pp. 97 e 98. Contrariamente ao que acontece em alguns sistemas de direito comparado, entre nós a reparação dos danos não suscita dúvidas em termos de constitucionalidade. Com efeito, diferentemente do que sucede, por exemplo, em Itália [cfr. artigo 62, 6), do Código Penal], o Código Penal português não exige a reparação integral e efetiva, bastando-se com os esforços do arguido nesse sentido. Nesses termos, um arguido sem capacidade económica não fica colocado em posição de desigualdade relativamente a um arguido que beneficie de desafogo financeiro.

⁶⁶ Refere CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal II*, p. 329, que a *confissão corresponde muitas vezes a um arrependimento*. Assim era considerada no delito consumado pelo Código Penal Espanhol de 1973 (artigo 9, 9.ª), como salienta ANTON ONECA, José, *Derecho Penal*, p. 379. Muito antes, porém, a sua importância enquanto ato de arrependimento era já evidenciada na discussão do Projeto do Código Penal de 1921 (*Diario de las discusiones y atas de las Cortes extraordinarias [sic] de 1821*): *ninguém pode duvidar que de que esta confissão sincera é uma prova de boa-fé do réu, um sinal de arrependimento, ou, pelo menos, que não está tão corrompido ou obstinado como o que persiste na negativa*.

⁶⁷ Cfr. Ac. STJ, de 23.02.1994 (proc. 046995). De todo o modo, como se anota no sumário do Ac. STJ de 21.06.2007 (proc. 07P2042), *da confissão e colaboração do arguido não resulta natural e irrecusavelmente o arrependimento. À confissão, mesmo se completa, não se segue necessariamente o arrependimento que vai mais além, o arrependimento pode inexistir ainda quando se confesse de pleno os factos cometidos*. No mesmo sentido, Ac. STJ de 29.11.1995 (proc. 047283): [*Da confissão não resulta automaticamente o arrependimento*]; e Ac. STJ de 03.06.1987 (proc. 038779): [*A confissão não implica arrependimento*].

⁶⁸ Não se descartando a hipótese de poder haver arrependimento sem confissão, dificilmente, porém, sucederá. Desde logo, como referido no Ac. STJ de 12.03.2009 (proc. 08P3781), porque, em situações normais, sendo o arrependimento *uma espécie de contrição pelos factos praticados, suporá necessariamente a confissão destes*. Só não será assim em casos pontuais, designadamente nos de julgamento na ausência do arguido, onde o arrependimento sincero pode ser provado através de variadíssimos meios de prova, em particular testemunhal.

⁶⁹ Cfr. VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, p. 40.

⁷⁰ Proc. 98P1417.

Penal, que alguma doutrina espanhola denomina “desistência ativa”⁷¹. Com efeito, o agente desenvolve *uma atividade posterior ao crime destinada a eliminar ou atenuar os seus efeitos danosos ou perigosos*⁷², atividade essa que não poderá deixar de funcionar a seu favor⁷³. Recorda-o Germano Marques da Silva⁷⁴, salientando que *aquele que erra e se arrepende merece um tratamento penal mais favorável*.

2.3.1.1. Pressupostos do arrependimento

O arrependimento carece, antes de mais, de ser demonstrado. Esse é o seu primeiro requisito, aliás distintivo da confissão⁷⁵.

Com efeito, tratando-se de um sentimento do foro interior, impõe-se que seja exteriorizado através de atos concretos, devidamente provados em sede de julgamento, em conformidade com o disposto no artigo 355.º, n.º 1, do Código de Processo Penal⁷⁶. Não bastará, pois, ao arguido, para beneficiar

⁷¹ Cfr. VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, p. 100.

⁷² Esforçando-se, como referido no Ac. STJ de 08.05.1991 (proc. 041652), *por impedir ou atenuar as consequências* do facto punível.

⁷³ Desde logo porque, em termos de política criminal, se visa favorecer o *ressarcimento do dano causado pelo delito e o bom andamento do processo judicial*. Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José Maria, *Derecho Penal. Parte General*, 1981, p. 683. No mesmo sentido, embora por outras palavras, MIR PUIG, Santiago, *Leciones de Derecho Penal*, 1983, p. 351, dizendo que visa *fomentar a reparação do dano e a perseguição judicial*

⁷⁴ «Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrependidos. Os Princípios Democráticos e da Lealdade em Processos Penal», *in Apontamentos de Direito Processual Penal, III Vol., aulas teóricas dadas ao 5.º ano, AAFDL, 1994/199*, p. 66. O referido autor acentua a relevância do arrependimento ao nível da prevenção, dizendo *dever ser considerado um primeiro passo para a conformação do arrependido aos valores que as leis consagram e tutelam e constituir para a sociedade a esperança de que aquele seu membro não mais a afrontará pela via do crime, ou, pelo menos, um voto de confiança na pessoa e no arrependimento como meio de recuperação: está deste então atingida uma das finalidades da pena criminal*. Em termos de prevenção especial, a relevância do arrependimento é particularmente evidenciada no Ac. STJ de 21.06.2007 (proc. 07P2042), ao referir que, arrependendo-se, o arguido mostra *ter feito reflexão positiva sobre os factos ilícitos cometidos e propósito firme de, no futuro, infletir na sua conduta antissocial, de modo a poder concluir-se pela probabilidade séria de não recair no crime*. Revela *uma personalidade que rejeita o mal praticado e que permite um juízo de confiança no seu comportamento futuro por forma a que, se vierem a deparar-se-lhe situações idênticas, não voltará a delinquir*. E revela, ainda, *uma reinserção social, consumada ou prestes a consumir-se, pelo que as exigências de prevenção, na determinação da medida judicial da pena, são de diminuta relevância*. Cfr., também, Ac. STJ de 16.02.2000 (proc. 99P1189): [O arrependimento é um ato interior que revela uma personalidade que rejeita o mal praticado e que permite um juízo de confiança no comportamento futuro do agente, nomeadamente, que, perante situação idêntica, não voltará a delinquir].

⁷⁵ O arrependimento pode não pressupor qualquer declaração. Sendo necessariamente demonstrado através de atos concretos, pode verificar-se mesmo sem a presença do arguido. A confissão, pelo contrário, pressupõe sempre, como vimos, uma declaração pessoal do arguido.

⁷⁶ Assim, como a generalidade da doutrina espanhola, RODRIGUEZ DEVESA, José Maria, *Derecho Penal, Parte General*, 1981, p. 684, anotando ser necessário *que quem se arrepende o demonstre com os seus atos, seja reparando ou diminuindo os efeitos do delito, seja dando satisfação ao ofendido ou confessando a infração às autoridades*. VICENTE REMESAL, Javier,

do arrependimento, limitar-se fazer a sua proclamação⁷⁷. Por exemplo, e no que aos crimes contra o património diz respeito, o arrependimento dificilmente poderá ser demonstrado, e muito menos considerado sincero, sem concretos atos materiais que o comprovem, atos esses que terão de constituir uma *contra-ação* face ao crime cometido⁷⁸. A restituição dos bens subtraídos ou a reparação dos danos causados, até onde se mostre possível, não esgotando

loc. cit., p. 50, indica duas razões para que assim seja, razões que, com as devidas adaptações, se aplicam igualmente à mera intenção de confessar. Por um lado, porque a sua comprovação científica não passa de pura ficção. Por outro lado, porque, ainda que tal fosse possível, a sua constatação *escaparia ao sentido e fim da pena*. Com efeito, seria muito difícil justificar perante a generalidade dos cidadãos qualquer benefício concedido ao arguido em termos de pena com base na valoração de uma mera «atitude interna». Acresce que a comunidade sempre pensaria que se o agente está efetivamente arrependido, deverá demonstrá-lo. Essa seria, remata, *a autêntica prova de verdade perante os demais (maior que a narcoanálise ou a simples declaração do agente) de que este tinha realmente esses sentimentos*. A exigência da exteriorização é também questão pacífica entre nós, sendo nesse sentido unânime a jurisprudência portuguesa. V.g. Ac. STJ de 26.11.1985 (proc. 038043): [O arrependimento, para efeito de atenuação especial da pena, deve ser demonstrado por atos]; Ac. STJ de 26.04.1989 (proc. 039945): [O arrependimento, para efeitos de atenuação especial nos termos do artigo 73.º, alínea c), do Código Penal, tem de integrar atos demonstrativos dum arrependimento sincero, nomeadamente da reparação espontânea dos danos causados]; Ac. STJ de 29.11.1995 (proc. 047283): [(...) para ter relevo tem que ser provado em audiência de julgamento]; Ac. STJ de 02.10.1996 (proc. 048273): [O arrependimento aludido na alínea c) do n.º 2 do artigo 73.º do Código Penal de 1982 tem de manifestar-se por atos externos, traduzindo-se numa efetiva atuação de sinal contrário ao do crime]; Ac. STJ de 22.01.1997 (proc. 96P1022): [Sendo o arrependimento um fenómeno da vida psíquica e como tal só podendo ser diretamente conhecido pelo sujeito, a sua deteção por outrem só se torna possível através das suas manifestações exteriores. Consequentemente, o arrependimento sincero do agente há de ser sempre revelado por atos que o demonstrem]; Ac. STJ de 17.09.1997 (proc. 97P401): [A atenuação especial referida na alínea c) do n.º 2 do artigo 72.º do Código Penal exige atos externos reveladores de arrependimento sincero]; Ac. STJ de 12.03.2009 (proc. 08P3781): [O arrependimento não se mostra, tem de ser demonstrado através da prática de atos ou assunção de posturas]; Ac. TRC de 23.09.2009 (proc. 1/08.0GALRA.C1): [A alegação da existência da circunstância especial prevista no artigo 72.º, n.º 2, alínea c), do Código Penal supõe a prova do facto que a suporta, o arrependimento objetivado em atos demonstrativos]; Ac. STJ de 12.09.2012 (proc. 4/10.5FBPTM.E1.S1): [O tribunal afastou o arrependimento porque o arguido não o verbalizou convincentemente (antes remetendo-se ao silêncio), nem praticou qualquer ato material donde o arrependimento pudesse ser deduzido].

⁷⁷ Com efeito, como sumariado no Ac. STJ de 06.06.2007 (proc. 07P1603), “manifestar arrependimento” não é o mesmo que praticar atos demonstrativos de arrependimento sincero do agente que pressupõe que interiorize o desvalor da sua conduta. Não é, pois, verdadeiro arrependimento a simples declaração do arguido “de que está arrependido”, como é lembrado no Ac. STJ de 16.02.2000 (proc. 99P1189). No mesmo sentido, ver ainda o Ac. STJ de 09.12.1993 (proc. 045255), que afasta o arrependimento meramente proclamado em audiência, desacompanhado de atos ou fenómenos exteriores que o comprovem, anotando que o legislador, na sua sabedoria das realidades da vida, não deixou de ter em conta o quanto é fácil afirmar em audiência que se está arrependido, e o Ac. TRC de 30.05.2012 (proc. 192/11.3TACBR.C1), que nega qualquer valor à simples declaração proferida em audiência pelo arguido de que está arrependido. A este propósito, é particularmente interessante a jurisprudência do Ac. de 04.10.2011 (proc. 1484/10.4PFLRS.L1-5), no sentido de que *pedir perdão à vítima em audiência é muito pouco para um genuíno arrependimento, pois não basta verbalizá-lo, é preciso que as palavras sejam acompanhadas por atitudes que, inequivocamente, o revelem*.

⁷⁸ VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, p. 102.

os possíveis atos demonstrativos de arrependimento, são alguns deles⁷⁹, como resulta da letra do artigo 72.º, n.º 2, do Código Penal⁸⁰.

Para além de carecer de demonstração, o arrependimento pressupõe, também, que seja livre e sincero.

É livre o *determinado por si mesmo, em oposição ao provocado*⁸¹.

É sincero o verdadeiro, o genuíno e sério, isto é, o que implique uma consciente mudança de atitude do agente relativamente à conduta criminosa, rejeitando-a⁸². Sem essa mudança, nem sequer podemos falar em “arrependimento”⁸³. A sinceridade, enquanto seu elemento subjetivo, constitui, pois, *conditio sine qua non* do arrependimento⁸⁴.

⁷⁹ Cfr. Ac. STJ de 14.11.1990 (proc. 041127): [O ato de arrependimento sincero não se traduz apenas na reparação dos danos, como resulta da letra do artigo 73 n. 2 do Código Penal; esta e apenas um dos atos demonstrativos de arrependimento]; Ac. TRC de 30.05.2012 (proc. 192/11.3TACBR.C1): [Em casos de crime de dano, a demonstração da sinceridade do arrependimento passa, nomeadamente, pela reparação do dano, pelo propósito sério da sua reparação, ou até pela apresentação de desculpas ao lesado].

⁸⁰ Nos mesmos termos, o Código Penal Suíço, cujo artigo 48-d. prevê como circunstâncias atenuantes da pena os atos de arrependimento sincero do agente, concretamente a reparação dos danos até onde lhe seja possível.

⁸¹ O Código Penal espanhol de 1973 falava em *arrependimento espontâneo* no ponto 9 do artigo 9.º, não sendo, porém, o termo mais *apropriado*, dado que pretendia expressar o caráter livre da conduta do agente, como anota ANTON ONECA, José, *Derecho Penal*, p. 380. Nenhuma razão existia, pois, segundo ele, para se excluir o *arrependimento aconselhado*. No mesmo sentido, CORDOBA RODA, Juan, e RODRIGUEZ MORULLO, Gonzalo, *Comentários al Código penal I*, 1976, p. 518, referindo que, *enquanto sentimento de pesar*, o arrependimento *não pode, de modo algum, ser produzido por coação externa*. Pode, porém, *ser provocado por atos ou exortações de um terceiro, mostrando ao autor o mal da sua conduta*. A liberdade constitui, assim, requisito essencial do arrependimento, a ponto de, como anota VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, p. 101, interpretando a espontaneidade no mesmo sentido que José Antón Oneca, *arrependimento sem espontaneidade (liberdade) ser um contrassenso*. Justifica-o com base na circunstância de constituir um dos sentimentos mais autónomos que possam existir, pois *ninguém pode ser obrigado a arrepender-se, como ninguém pode ser obrigado a sentir vergonha, compaixão, etc., ainda que seguramente as circunstâncias possam ajudar a desencadear esses sentimentos*.

⁸² Porque o arrependimento se manifesta através de atos de rejeição do passado por parte do agente. Cfr. Ac. STJ de 22.02.1995 (proc. 047390). Assim, acompanhando Ferri, citado por VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, p. 111, *a obstinada negação dos seus próprios atos*, demonstra inequivocamente a inexistência de arrependimento sincero por parte do agente. Nesse sentido vai a jurisprudência do Ac. STJ de 20.10.2010 (proc. 651/09.8PBFAR.E1.S1), segundo a qual *mal se compreenderia o alegado arrependimento quando o arguido negou insistentemente a intenção de matar os pais*.

⁸³ Por exemplo, não há arrependimento, como decidido no Ac. STJ de 03.11.1993 (proc. 045323), *quando o agente se limita a afirmar que tem vergonha do que fez, uma vez que tal só significa incómodo pela descoberta do crime*.

⁸⁴ Com efeito, embora em termos objetivos o arrependimento sincero, designadamente como circunstância atenuante comum, possa ser demonstrado através de várias condutas pós-delitivas positivas, algumas delas previstas na Parte Especial do Código Penal, como, por exemplo, a restituição da coisa furtada ou ilegítimamente apropriada e a reparação dos danos causados, por si só, despidas do necessário elemento subjetivo, tais circunstâncias nunca poderão ser consideradas verdadeiro arrependimento [cfr. Ac. STJ de 09.10.1997 (proc. 97P869), nos termos do qual *a reparação pecuniária do dano, por si só, não denuncia arrependimento*]. No arrependimento sincero, em virtude do seu elemento subjetivo, o legislador valora a ação do agente em si enquanto atitude interna. Naquelas e noutras condutas pós-delitivas positivas previstas como circunstâncias atenuantes específicas ou como

Finalmente, o arrependimento deverá mostrar-se útil, não apenas do ponto de vista da administração da justiça e das vítimas, como exigem a doutrina e a jurisprudência espanholas⁸⁵, mas, também, do ponto de vista do fim das penas, designadamente a reintegração social do agente, uma das finalidades da sanção criminal enunciada no n.º 1 do artigo 40.º do Código Penal. Essa finalidade mostra-se em parte conseguida com o arrependimento. Com efeito, revelando o agente sinceramente arrependido *uma personalidade menos endurecida do que a do criminoso insensível aos remorsos*⁸⁶ e, conseqüentemente, menor necessidade de prevenção especial⁸⁷ em virtude de menor perigosidade, são necessariamente positivas as expetativas sobre o seu comportamento futuro, isto é, sobre o seu modo de ser e sobre a sua adequação ao ordenamento jurídico, e, conseqüentemente, sobre o seu regresso à sociedade⁸⁸. Nestes termos, contrariamente ao que sucede em

pressupostos de dispensa ou de exclusão da pena na Parte Especial do Código Penal e em leis penais avulsas, o legislador atendeu tão só a razões de natureza pragmática ou utilitária e de conveniência pública, valorizando o resultado independentemente da vertente subjetiva da ação. Em suma, a *ratio* do arrependimento sincero, enquanto comportamento positivo pós-crime não assenta, pelo menos fundamental e exclusivamente, em razões de ordem pragmática ou utilitária e de conveniência pública (cfr. ANTON ONECA, José, *Derecho Penal*, p. 379, que sublinha a predominância do elemento subjetivo no §46 do StGB, já acolhida no projeto de 1930). Nesse sentido não deixa dúvidas a redação da alínea c) do n.º 2 do artigo 72.º do CP, que, exigindo a prática de atos concretos de arrependimento sincero pelo agente, exclui, pois, do seu âmbito a reparação do dano por terceiros *que não se deva à iniciativa do agente* (Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal*, anotação ao artigo 71.º, p. 363), visto não ter a ver com a concreta vontade ou intenção do agente [cfr. Ac. STJ de 17.04.1996 (proc. 048671): *O arrependimento exigido na alínea c) do artigo 73 do CP82 para efeitos de atenuação especial é só o arrependimento sincero*]. Isso não acontece, porém, na Parte Especial do Código Penal, onde não se fala em arrependimento em nenhum dos tipos, o que afasta a exigência do elemento subjetivo dos comportamentos pós-delito de natureza positiva ali previstos (cfr. VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, p. 340 a 342, embora relativamente ao comportamento positivo posterior ao delito em geral). A dispensa de qualquer elemento subjetivo, isto é, dos concretos motivos que determinaram o agente a atuar de forma positiva com vista a ser beneficiado em termos de pena acontece, também, por exemplo, na retratação, pois o artigo 362.º do CP, à semelhança do §158 do StGB, não faz qualquer referência ao elemento subjetivo [Cfr. Ac. STJ de 15.05.2013 (proc. 218/11.0TRPRT.S1), no sentido de que *a declaração de retratação vale por si e não se confunde com o móbil que a desencadeou, nem exige a demonstração de efetivo arrependimento*]. Para o legislador importa tão só que se verifique oportunamente, de modo a produzir os necessários efeitos positivos [isto é, *a tempo de poder ser tomada em conta na decisão proferida no processo em que teve lugar a declaração falsa*. Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *in Comentário do Código Penal*, anotação ao artigo 362.º, notas 3 e 5, p. 1134], independentemente dos motivos que levaram o agente a fazê-lo, assumindo, pois, as razões pragmáticas importância de primeira ordem. Trata-se de evitar que sejam proferidas sentenças injustas porque assentes em declarações ou depoimentos falsos mais do que premiar a mudança de atitude do sujeito.

⁸⁵ ANTON ONECA, José, *Derecho Penal*, p. 379.

⁸⁶ RODRIGUEZ DEVESA, José Maria, *Derecho Penal. Parte General*, p. 683.

⁸⁷ LUZON PEÑA, Diego Manuel, *Medición de la pena y substitutivos penales*, p. 83.

⁸⁸ Efetivamente, como referido no já citado Ac. STJ de 26.11.1997 (proc. 97P878), *o arrependimento sincero do agente revela uma reinserção social consumada ou prestes a consumir-se, pelo que as exigências de prevenção, na determinação da medida da pena, são de diminuto valor.*

Espanha⁸⁹, não vemos nenhum obstáculo em considerar a tentativa de suicídio do agente do crime como um ato de arrependimento sincero.

2.3.2. A relevância jurídica do arrependimento

Enquanto comportamento pós-delito positivo alheio ao tipo, que não se reconduz nem à ilicitude nem à culpa⁹⁰, o arrependimento, desde que sincero, pode funcionar como circunstância modificativa atenuante, expressamente prevista na alínea c) do n.º 2 do artigo 72.º do Código Penal.

Pode, igualmente, funcionar como fator de individualização da pena, previsto, de modo não taxativo, na alínea e) do n.º 2 do artigo 71.º do Código Penal⁹¹, dado que, como vimos, a reparação pode constituir um dos possíveis elementos objetivos do arrependimento a considerar pelo julgador⁹².

Esse sentimento, que pode manifestar-se de diversas formas e em diversos momentos, não relevará, no entanto, como salienta Jorge de Figueiredo Dias, *pela via da culpa, mas unicamente pela da prevenção, nomeadamente quando ligada à categoria da necessidade de pena*⁹³.

À semelhança do que sucede com a confissão, o valor atenuativo do arrependimento é variável em função do seu maior ou menor relevo, seja em termos investigatórios e probatórios, seja ao nível da prevenção de novos

⁸⁹ ANTON ONECA, José, *Derecho Penal*, p. 379, assinala que *ainda que o autor do delito se entregue a penitência ou tente o suicídio para expiar a sua falta, essa conduta não assume transcendência na ordem penal*. *Idem*, VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, p. 94 e 95. No mesmo sentido vai a jurisprudência do Supremo Espanhol, pelo menos desde a vigência do Código Penal de 1973 (v.g. decisões de 28.02.1972 e de 9.03.1977, indicadas pelo último autor, *loc. cit.*, p. 94), com base no argumento de que, ainda que pudesse traduzir uma autêntica manifestação de arrependimento, a tentativa de suicídio não tem como motivação nenhuma das três causas de arrependimento previstas na circunstância 9.ª do artigo 9.º: reparar ou diminuir os efeitos do delito, dar satisfação ao ofendido ou confessar a infração às autoridades. Falta-lhe, segundo VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, p. 94, *transcendência prática para as vítimas e para a justiça*. O argumento não é válido entre nós, face à redação da alínea c) do n.º 2 do artigo 72.º do CP. Com efeito, contrariamente ao que sucedia com o arrependimento espontâneo do Código Penal espanhol de 1973, a referida norma não é taxativa relativamente aos possíveis atos de arrependimento, admitindo todos os que traduzam sinceridade.

⁹⁰ Porque, enquanto comportamento posterior ao delito, não ser, como vimos, contemporâneo do momento da prática do crime, podendo, aliás, ocorrer meses ou anos depois, o arrependimento (tal como a confissão) nenhuma relevância pode assumir na graduação da ilicitude e da culpa. Assim, RODRIGUES, Anabela Miranda, *A determinação da medida da pena privativa da liberdade*, p. 613.

⁹¹ À semelhança do que acontece no §46.2 do StGB.

⁹² Efetivamente, a propósito da conduta posterior ao facto, diz CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal II*, p. 329, que *haverá que considerar todos os elementos que se refletem sobre a avaliação, o diagnóstico, das tendências criminosas reveladas no facto*. Assim, p. ex., o arrependimento, a intenção de remediar as consequências do facto v. g. através da indemnização de perdas e danos, a autoacusação para se libertar de remorsos de consciência, uma sensibilidade do agente em face dos resultados do crime — tudo isto deve ser tomado em conta para fixar o quanto concreto da pena. No mesmo sentido MARTINS, António Lourenço, *loc. cit.*, p. 490, quanto ao remorso, ao arrependimento e à aceitação de uma certa expiação.

⁹³ *As consequências Jurídicas do Crime*, p. 254. Também VICENTE REMESAL, Javier de, *loc. cit.*, p. 95, que anota ser essa a posição que consta em algumas decisões da jurisprudência alemã.

crimes, como é, igualmente, variável em função do momento em que ocorre. É, por isso, ampla a sua margem de valoração por parte do tribunal.

A título de exemplo, apenas o arrependimento sincero que diminua de forma acentuada a necessidade da pena dá lugar à atenuação especial da sanção criminal, como resulta do artigo 72.º do Código Penal⁹⁴. Quando não revista relevância bastante para esse efeito, funcionará como mero fator a considerar na determinação concreta da pena, dentro da ampla margem consentida pela culpa e pelas exigências de prevenção, nos termos do artigo 71.º do Código Penal.

2.3.3. Situações particulares

2.3.3.1. O arrependimento nos crimes de tráfico de estupefacientes e infrações conexas

O artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro, prevê um conjunto de comportamentos pós-delito positivos do agente que podem levar à atenuação especial ou à dispensa da pena para os tipos dos artigos 21.º, 22.º, 23.º e 28.º. Alguns deles, pela sua componente subjetiva, constituem *per se* atos de arrependimento sincero⁹⁵. Os demais, desde que tenham na sua base a necessária rejeição da conduta criminosa por parte do agente, não poderão, também, deixar de ser considerados como tal. Nas duas situações, como sucede em todos os casos de verdadeiro arrependimento, não são exclusivamente razões de política criminal, mas, também, razões de prevenção que justificam a atenuação especial e a dispensa da pena⁹⁶.

Importa anotar que aquele conjunto de comportamentos apenas constitui catálogo cerrado para o funcionamento dos institutos da atenuação especial ou da dispensa da pena do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 15/93, não impedindo, todavia, o seu funcionamento nos termos gerais. Por exemplo, muito embora não se mostre ali prevista, a confissão, em particular quanto constitua ato de arrependimento, pode, como vimos, levar à atenuação especial da pena no crime de tráfico, desde que verificados os pressupostos do artigo 72.º do Código Penal.

⁹⁴ Os tribunais portugueses são particularmente claros nesse sentido, exigindo, em primeira linha, o arrependimento sincero e, em segunda linha, que ele revista a necessária e excecional relevância para o efeito [v.g. Ac. STJ de 06.02.2014 (proc. 1805/12.5PCCBR.S1)].

⁹⁵ V.g., a voluntariedade no abandono da atividade criminosa ou o esforço sério em impedir o resultado que a lei pretende evitar.

⁹⁶ Em sentido contrário parece ir o Ac. de 30.05.1996 (proc. 96P033): [O artigo 31 do Decreto-Lei 15/93, vai buscar a sua força atenuativa fundamentalmente a razões de política criminal (eficácia do combate à droga) e não à personalidade do agente e seus imperativos morais].

2.3.3.2. O arrependimento no regime especial para jovens

Em virtude do artigo 9.º do Código Penal, é aplicável aos maiores de 16 anos e menores de 21 anos o regime especial para jovens delinquentes do Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de setembro.

No que à atenuação especial prevista no artigo 4.º do referido diploma diz respeito, não sendo de *aplicação necessária e obrigatória, nem operando de forma automática*, o tribunal deverá, porém, equacionar obrigatoriamente a sua aplicação sempre que a idade do agente se situe dentro daquela margem etária⁹⁷. Ponderada a gravidade do crime cometido, aferida pela medida da pena abstrata aplicável, e havendo *sérias razões para crer que da atenuação resultam vantagens para a reinserção social do jovem condenado*, o juiz não poderá deixar de atenuar especialmente a pena. Verificados os respetivos pressupostos, a sua concessão é, pois, *obrigatória e oficiosa*⁹⁸.

Dada a expressa prevalência da ressocialização sobre os demais fins das penas enunciada naquela norma⁹⁹, assume particular relevância o comportamento do agente após a prática do crime, em particular o arrependimento sincero, demonstrado, designadamente, através da assunção dos factos. Sem ele, a *aplicação do regime especial encontrará dificuldades insuperáveis*¹⁰⁰.

⁹⁷ Como bem anota o Ac. STJ de 17.04.2013 (proc. 237/11.7JASTB.L1.S1), que faz uma sintética, mas completa, enunciação das condições de funcionamento da atenuação especial prevista no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de setembro. No mesmo sentido, também o Ac. STJ de 20.11.2003 (proc. 03P3225): [*O regime penal especial para jovens delinquentes não é de aplicação automática, devendo o Tribunal equacionar a sua aplicação ao caso concreto se o agente tiver aquela idade. O Tribunal deve começar por ponderar a gravidade do crime cometido, aferida pela medida da pena aplicável, e, depois, só deverá aplicar a atenuação especial a jovens delinquentes quando tiver sérias razões para crer que da atenuação resultem vantagens para a reinserção social do jovem condenado. Por isso, haverá que apreciar, em cada caso concreto, a personalidade do jovem, a sua conduta anterior e posterior ao crime, a natureza e modo de execução do crime e os seus motivos determinantes*].

⁹⁸ Cfr. o citado Ac. STJ de 17.04.2013, que chega ao ponto de considerar que tal obrigatoriedade impõe que na decisão condenatória conste sempre o equacionamento da sua aplicação, quer se venha a concretizar, quer não, atento o princípio da fundamentação a que se encontra sujeito o juiz em sede de escolha e determinação da pena.

⁹⁹ Levada ao extremo no citado Ac. STJ de 17.04.2013, visto ter atenuado especialmente a pena a um arguido de *17 anos de idade e delinquente primário, que confessou os factos integralmente e sem reservas (...), apesar da grande gravidade da ilicitude dos dois crimes de roubo qualificados, ambos com uso de arma branca, do dolo direto com que agiu, do facto de não ter interiorizado completamente as suas condutas delituosas, de ter fugido por inúmeras vezes das instituições onde esteve internado, de não ter revelado na prisão perfil adequado ao projeto de Apoio a Reclusos Toxicodependentes, de não ter hábitos anteriores de estudo ou de trabalho e de banalizar os crimes que cometeu*.

¹⁰⁰ Cfr. o citado Ac. STJ de 17.04.2013. Em sentido diferente, cfr. o Ac. STJ de 06.01.1999 (proc. 98P736): [*Não é decisivo para a não aplicação do disposto no diploma sobre jovens (Decreto-Lei n.º 401/82, de 23 de setembro) que o delinquente não tenha confessado ou tenha exposto uma versão diferente dos factos provados*], o que, em nosso entender, esbarra com o necessário juízo de que o arguido interiorizou o facto como negativo e não voltará a delinquir.