



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS N° 141.527 - MS (2009/0133456-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : **MARCOS LUIS DE SOUZA LIMA**
ADVOGADO : **IRAN PEREIRA DA COSTA NEVES - DEFENSOR PÚBLICO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
PACIENTE : **MARCOS LUIS DE SOUZA LIMA**

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO COM SUPEDÂNEO EM REFERÊNCIAS VAGAS E DADOS NÃO EXPLICITADOS. IMPOSSIBILIDADE. ATENUANTE GENÉRICA DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ELEMENTOS DOS AUTOS QUE INVIABILIZAM O RECONHECIMENTO DA ATENUANTE.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da **Lex Maxima**). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados (**Precedentes do STF e STJ**).

II - **In casu**, verifica-se que a r. decisão de primeiro grau apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível, utilizando-se, entre outras, de expressões como: "*personalidade voltada para a prática de crimes*"; "*as circunstâncias e as conseqüências lhes prejudicam*".

III - Não havendo elementos suficientes para a aferição da **personalidade do agente**, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (**Precedentes**).

IV - Além disso, **na linha de precedentes desta Corte** (HC 103.746/MS, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 03/08/2009) e do Pretório Excelso (HC 85.507/PE, 2ª Turma, Relª. Minª. Ellen Gracie, DJ de 24/02/2006), a **busca do lucro fácil**, por ser inerente ao próprio tipo penal de tráfico de drogas, não autoriza o aumento da pena-base.

V - Para efeitos de reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, alínea "d", do CP (**confissão espontânea**) não é necessário que se trate de situação de **autoria ignorada** da infração (REsp 51.809/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 13/04/1998) ou que **a prática do crime tenha sido atribuída a outrem**, basta que o agente **admita a sua participação na infração penal em apuração** (HC 72.257, Segunda Turma, Min. Marco Aurélio, DJ de 18/08/1995), **seja na fase inquisitorial, como em juízo**. É preciso, também, que o agente o faça de forma **espontânea**, ou seja, a confissão deve ser um **ato voluntário, alheio a intervenção de fatores externos** (Alberto Silva Franco e Rui Stoco in Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial Volume 1 - Parte Geral", Ed. RT, 7ª edição, página 1.213).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI - Na hipótese dos autos, **não há qualquer dado que justifique a redução da reprimenda imposta em razão do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea**. Com efeito, o paciente, após permanecer em silêncio na fase inquisitorial, em juízo, passou a narrar como os fatos teriam acontecido, de forma completamente dissociada dos demais elementos de prova mencionados no édito condenatório, tudo isso, segundo afirmado por ele próprio, com a deliberada intenção de isentar de responsabilidade sua convivente, corré na mesma ação penal, sem contudo, em nenhum momento, assumir a participação na prática delitiva, tanto que as suas declarações, frise-se, **justificadamente**, não foram em nenhum momento levadas em consideração para fundamentar a condenação que lhe foi imposta. Tem-se, portanto, a alegação de atenuante da confissão espontânea que não corresponde aos elementos dos autos, o que inviabiliza o reconhecimento da destacada atenuante genérica (HC 74.068, **Primeira Turma**, Rel. **Min. Octavio Gallotti**, DJ de 07/02/1997).

VII - Além disso, **segundo decidido pela c. Suprema Corte**, em se tratando do delito de tráfico de drogas, *"Para a incidência da atenuante genérica da confissão espontânea, faz-se imprescindível que o Paciente tenha confessado a traficância"*. (HC 94.295/SP, **Primeira Turma**, Rel^a **Min^a Carmén Lúcia**, DJe de 30/10/2008).

Habeas corpus parcialmente concedido apenas para redimensionar a pena-base imposta ao paciente para o mínimo legal.

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2009. (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 141.527 - MS (2009/0133456-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em benefício de **MARCUS LUIS DE SOUZA LIMA** contra v. acórdão proferido pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, nos autos da apelação criminal nº 2009.007833-0.

Depreende-se dos autos que o ora paciente foi condenado, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06, à pena de **09 (nove) anos de reclusão**, a ser cumprida no regime inicial fechado, mais pagamento de 900 (novecentos) dias-multa.

Irresignada, a defesa apelou e, em sessão de julgamento ocorrida em **23/06/2009**, o e. Tribunal **a quo**, à unanimidade, negou provimento ao recurso. Eis a ementa do v. acórdão:

"EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE - IMPOSSIBILIDADE - ATENDIMENTO AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL - APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - RETRATAÇÃO EM JUÍZO - PRETENDIDA REDUÇÃO DO QUANTUM DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA - MANTIDO - IMPROVIDO.

Não há se falar em redução da pena-base se o magistrado atendeu ao art. 59 do Código Penal para fixá-la.

Se o agente se manteve em silêncio em inquérito e, em juízo, mudou a versão dos fatos, buscando isentar a co-ré da prática delituosa, não pode ser beneficiado com a redução da pena pela atenuante da confissão espontânea.

Não há falar em redução da quantum da agravante da reincidência, pois, além de ficar ao livre arbítrio do magistrado, foi fixado considerando, principalmente, o fato de o apelante ser reincidente específico" (fl. 54).

Daí o presente **writ**, no qual o impetrante insurge-se contra a fixação da pena-base acima do mínimo legal, eis que foi estabelecida com supedâneo em referências vagas e dados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não explicitados, e contra o não-reconhecimento da atenuante de confissão espontânea.

Liminar indeferida às fls. 45/46.

Informações prestadas à fl. 87.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 82/84, manifestou-se pela **denegação da ordem**, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS. ARGÜIÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PRETENSÃO DE HAVER A CONCESSÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONFISSÃO QUE NÃO APRESENTOU A REALIDADE DOS FATOS. PRECEDENTES DO STJ. PARECER PELO INDEFERIMENTO DO WRIT" (fl. 82).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 141.527 - MS (2009/0133456-0)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO COM SUPEDÂNEO EM REFERÊNCIAS VAGAS E DADOS NÃO EXPLICITADOS. IMPOSSIBILIDADE. ATENUANTE GENÉRICA DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ELEMENTOS DOS AUTOS QUE INVIABILIZAM O RECONHECIMENTO DA ATENUANTE.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da **Lex Maxima**). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados (**Precedentes do STF e STJ**).

II - **In casu**, verifica-se que a r. decisão de primeiro grau apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível, utilizando-se, entre outras, de expressões como: "*personalidade voltada para a prática de crimes*"; "*as circunstâncias e as conseqüências lhes prejudicam*".

III - Não havendo elementos suficientes para a aferição da **personalidade do agente**, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (**Precedentes**).

IV - Além disso, **na linha de precedentes desta Corte** (HC 103.746/MS, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 03/08/2009) e do Pretório Excelso (HC 85.507/PE, 2ª Turma, Relª. Minª. Ellen Gracie, DJ de 24/02/2006), a **busca do lucro fácil**, por ser inerente ao próprio tipo penal de tráfico de drogas, não autoriza o aumento da pena-base.

V - Para efeitos de reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, alínea "d", do CP (**confissão espontânea**) não é necessário que se trate de situação de **autoria ignorada** da infração (REsp 51.809/RS, 5ª



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma, Rel. **Min. Edson Vidigal**, DJ de 13/04/1998) ou que **a prática do crime tenha sido atribuída a outrem**, basta que o agente **admita a sua participação na infração penal em apuração** (HC 72.257, **Segunda Turma**, **Min. Marco Aurélio**, DJ de 18/08/1995), **seja na fase inquisitorial, como em juízo**. É preciso, também, que o agente o faça de forma **espontânea**, ou seja, a confissão deve ser um **ato voluntário, alheio a intervenção de fatores externos** (**Alberto Silva Franco e Rui Stoco** in Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial Volume 1 - Parte Geral", Ed. RT, 7ª edição, página 1.213).

VI - Na hipótese dos autos, **não há qualquer dado que justifique a redução da reprimenda imposta em razão do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea**. Com efeito, o paciente, após permanecer em silêncio na fase inquisitorial, em juízo, passou a narrar como os fatos teriam acontecido, de forma completamente dissociada dos demais elementos de prova mencionados no édito condenatório, tudo isso, segundo afirmado por ele próprio, com a deliberada intenção de isentar de responsabilidade sua convivente, corré na mesma ação penal, sem contudo, em nenhum momento, assumir a participação na prática delitiva, tanto que as suas declarações, frise-se, **justificadamente**, não foram em nenhum momento levadas em consideração para fundamentar a condenação que lhe foi imposta. Tem-se, portanto, a alegação de atenuante da confissão espontânea que não corresponde aos elementos dos autos, o que inviabiliza o reconhecimento da destacada atenuante genérica (HC 74.068, **Primeira Turma**, Rel. **Min. Octavio Gallotti**, DJ de 07/02/1997).

VII - Além disso, **segundo decidido pela c. Suprema Corte**, em se tratando do delito de tráfico de drogas, *"Para a incidência da atenuante genérica da confissão espontânea, faz-se imprescindível que o Paciente tenha confessado a traficância"*. (HC 94.295/SP, **Primeira Turma**, Relª **Minª Carmén Lúcia**, DJe de 30/10/2008).

Habeas corpus parcialmente concedido apenas para redimensionar a pena-base imposta ao paciente para o mínimo legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: No presente **writ**, o impetrante insurge-se contra **a)** a fixação da pena-base acima do mínimo legal; e **b)** o não-reconhecimento da atenuante de confissão espontânea.

A ordem merece concessão em parte.

A r. sentença condenatória fixou a pena-base acima do mínimo legal com a seguinte fundamentação, **in verbis**:

"A culpabilidade do réu foi normal, demonstrou que tinha consciência da ilicitude de sua conduta. Sua conduta social não é boa, mesmo cumprindo pena, continua praticando crime. Possui personalidade voltada à prática de delitos. O motivo do crime era ganhar dinheiro através de tráfico de drogas. As circunstâncias e as conseqüências lhes prejudicam" (fl. 75).

De uma leitura do trecho acima transcrito, verifica-se que houve violação ao **art. 59 do Código Penal** uma vez que a pena, para ser fixada acima do mínimo legal, exige fundamentação **concreta** e **vinculada**. Considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda. O **princípio do livre convencimento fundamentado** ou da **persuasão racional** não o permite (art. 157, 381, 387 e 617 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, 2ª parte da **Lex Maxima**). Assim, a ausência de fundamentação indica **error in procedendo**.

Verifica-se, de fato, que a r. sentença condenatória apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível. Veja-se que no caso foram utilizados fundamentos, tais como, *"personalidade voltada para a prática de crimes"; "as circunstâncias e as conseqüências lhes prejudicam" e "O motivo do crime era ganhar dinheiro através de tráfico de drogas".* (fl. 75).

Vale dizer que, da motivação apresentada para justificar o aumento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda, de concreto nada foi trazido de extra-típico ou que tecnicamente justificasse o aumento com base em uma das circunstâncias do art. 59, do CP.

Assim, não existem argumentos suficientes a justificar, no caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, qual seja **5 (cinco) anos**.

É orientação do **Pretório Excelso, in verbis**:

"EMENTA: I. Processo de competência originária dos Tribunais de Justiça: validade da denúncia oferecida por Procurador de Justiça mediante designação do Procurador-Geral (L. 8.625/93, art. 10, IX, g). II. Prefeito Municipal: empréstimo de dinheiro público para pagar fiança criminal de terceiro: tipicidade penal (Dl. 201/67, art. 1º, IX), não bastando a elidir o dolo o reconhecimento da motivação "nobre e caridosa" da conduta. III. Individualização da pena; motivação inidônea. 1. Não basta declinar palavras quaisquer para que se tenha por fundamentada uma individualização de pena; é preciso que haja um mínimo de pertinência entre as circunstâncias arroladas na sentença e uma pena fixada no triplo do mínimo legal, quando o fato se reduz a um empréstimo de uma quantia absolutamente ridícula, à vista dos atos de corrupção administrativa notórios no País. 2. Para motivar a exacerbação, nem é idônea a invocação do princípio de moralidade, afrontado em todo crime patrimonial contra a Administração Pública, nem a ciência da ilicitude do fato, afirmada para compor o elemento subjetivo do tipo. 3. O papel preponderante do agente no concurso de pessoas é agravante legal: se como tal não foi considerada, a circunstância não pode ser levada em conta na individualização da pena-base.

(HC 76851/RS, 1ª Turma, Relator(a): Min. Sydney Sanches, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24-03-2000)

Na mesma linha tem decidido **esta Corte**:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. QUADRILHA OU BANDO. CRIME CONTINUADO. MODO DE EXECUÇÃO DIVERSOS. NÃO-RECONHECIMENTO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

3. A fixação da pena-base acima do mínimo legal deve estar fundamentada em elementos concretos. Situação diversa implica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constrangimento ilegal.

4. Recurso parcialmente provido para fixar a pena de Adalberto definitivamente em 23 anos, 1 mês e 46 dias de reclusão e 65 dias-multa e de Valdir, José Maria e Wesley em 27 anos e 5 meses de reclusão e 76 dias-multa."

(REsp 1075306/AC, 5ª Turma, Relator(a) Ministro **Arnaldo Esteves Lima** DJe de 30/11/2009)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. FIXAÇÃO DA PENA BASE MUITO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A fixação da pena-base seis anos acima do mínimo legal, com base em referências genéricas sobre as circunstâncias judiciais, caracteriza constrangimento ilegal.

2. Ordem concedida, para reduzir as penas."

(HC 136323/PE, 6ª Turma, Relator(a) Ministro **Celso Limongi** (Desembargador convocado do TJ/SP) DJe de 19/10/2009).

Saliente-se que é lamentável que a personalidade ainda conste do rol das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, pois se trata, na verdade, de resquício do **Direito Penal de Autor**. Além do mais, dificilmente constam dos autos elementos suficientes para que o julgador (que, de regra, não é psiquiatra e nem psicólogo - não sendo, portanto, **expert**) possa chegar a uma conclusão cientificamente sustentável. Por conseguinte, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS. MINORANTE (TEXTO LEGAL VINCULADO). PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, INCISO XL DA CF/88). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 44, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006 (NOVATIO LEGIS IN



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PEJUS). NECESSIDADE DE EXAME DE QUAL LEI, EM SUA INTEGRALIDADE, SERIA MAIS FAVORÁVEL AO PACIENTE.

*I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da **Lex Maxima**). Considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda. (Precedentes).*

II - Em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

III - Não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, bem como de sua conduta social, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de justificar o aumento da pena-base (Precedente).

*IV - **In casu**, verifica-se que a r. decisão de primeiro grau, mantida pelo e. Tribunal **a quo**, apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível. Não existem argumentos suficientes a justificar, assim, a fixação da pena-base acima do mínimo legal.*

(...)

Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena-base ao mínimo legal e, reconhecida a vedação à combinação de leis, determinar que o Juízo da Vara de Execuções analise qual lei apresenta-se mais favorável ao paciente."

(HC 126.543/RJ, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 14/09/2009).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. APELAÇÃO. MATÉRIA NÃO-SUSCITADA NO TRIBUNAL A QUO. DEVOLUÇÃO INTEGRAL DO TEMA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO DESVINCULADA DE DADOS CONCRETOS. IMPOSSIBILIDADE. LATROCÍNIO TENTADO. CONDUTA DIRIGIDA À SUBTRAÇÃO DE BENS NA SUA UNIVERSALIDADE. VIOLÊNCIA EXERCIDA CONTRA UMA SÓ PESSOA. CRIME ÚNICO. AUSÊNCIA DE CONCURSO FORMAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. (...).

2. (...).

3. No caso, verifica-se que o magistrado sentenciante valorou negativamente a personalidade do agente, limitando-se a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constatar, de forma genérica e vaga, que o paciente apresenta "transtornos antissociais" decorrentes da dificuldade de se amoldar às regras de convivência social e lucro lícito, não havendo fundamentação concreta que justifique a elevação da pena-base.

4. No mesmo sentido, constitui o lucro fácil motivo comum a todos os delitos patrimoniais, não se podendo daí extrair maior reprovabilidade da conduta do paciente, a justificar a majoração da reprimenda. Precedente do STJ.

5. (...).

6. (...).

7. Ordem parcialmente concedida para declarar a nulidade da sentença no tocante à reprimenda imposta ao paciente, especificamente quanto às circunstâncias judiciais atinentes à personalidade e aos motivos, devendo outra decisão, com idônea motivação, ser proferida. **Habeas Corpus** concedido, de ofício, para reconhecer, no tocante ao latrocínio, a existência de crime único, retirando-se a causa de aumento relativa ao concurso formal."

(HC 83.326/BA, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 09/03/2009).

Além disso, **na linha de precedentes desta Corte e do Pretório Excelso**, a **busca do lucro fácil**, por ser inerente ao próprio tipo penal de tráfico de drogas, não autoriza o aumento da pena-base.

Nesse sentido, desta Corte, confira-se o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E PECULATO. PENA-BASE. FIXAÇÃO EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO. CULPABILIDADE E MOTIVOS. UTILIZAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS PRÓPRIAS DOS TIPOS PENAIIS VIOLADOS. IMPOSSIBILIDADE. PERSONALIDADE CONSIDERADA DISSIMULADA. AGENTE QUE MENTIU QUANDO INTERROGADO. DIREITO À NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO. SISTEMA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. OFENSA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADA.

1. Inviável considerar-se como elevada a culpabilidade do paciente pelo fato de utilizar-se de veículo pertencente à Prefeitura Municipal da qual era funcionário público, para realizar o transporte do entorpecente apreendido, quando foi condenado por peculato-desvio exatamente pelos mesmos motivos, sob pena de ofensa ao princípio do **ne bis in idem**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A busca do lucro fácil é inerente ao tipo penal do narcotráfico, não servindo para autorizar a elevação da pena na primeira etapa da dosimetria.

3. Constitui evidente constrangimento ilegal, sanável de ofício pela via eleita, a fixação da pena-base acima do mínimo legalmente previsto com base em elementares próprias dos tipos penais infringidos.

4. Os arts. 5º, LXIII, da CF e 186, e seu parágrafo único, do CPP, conferem ao acusado o direito ao silêncio ou à não auto-incriminação, ao permitir que, por ocasião de seu interrogatório, cale acerca dos fatos criminosos que lhe são imputados, ou ainda, e via de consequência do princípio do sistema de garantias constitucionais, negue a autoria delitiva, sem que isso enseje apenação criminal ou mesmo valoração negativa dessas declarações pelo magistrado, que poderá, no máximo, desconsiderá-las quando do cotejo com os demais elementos probatórios colacionados, pois ao depor não está o réu obrigado a dizer a verdade.

5. Não há como valorar em desfavor do acusado, a título de má personalidade, o fato de, quando interrogado, ter negado a verdade acerca dos fatos criminosos, pois, diante do sistema de garantias constitucionais e processuais penais vigentes, e constatando-se ainda que não está obrigado legalmente a dizer a verdade, nada mais fez do que exercitar seu direito à não auto-incriminação.

6. A motivação utilizada pelo sentenciante, relativamente às circunstâncias em que os delitos foram cometidos, justificam a apenação maior na primeira etapa da fixação da sanção.

7. Ordem parcialmente concedida para anular em parte a sentença no tocante à dosimetria, fixando a pena do paciente definitivamente em 7 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 80 dias-multa, por infração aos arts. 12, **caput**, da Lei n. 6.368/76 e 312 do CP, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão combatidos."

(HC 103746/MS, 5ª Turma, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, DJe de 03/08/2009).

E, do Pretório Excelso, colhe-se o seguinte aresto:

"**TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (LEI 6.368/76, ARTS. 12 E 14). DOSIMETRIA DA PENA.** 1. Circunstâncias inerentes à conduta criminosa - propagação do mal e busca de lucro fácil - são próprias da conduta delituosa, não podendo, sob pena de bis in idem, atuar para justificar aumento da reprimenda. Consideração, apenas, da reincidência. 2. **HC** deferido, parcialmente, para reduzir a penalidade."

(HC 85507/PE, 2ª Turma, Rel. Ministra **Ellen Gracie**, DJ de 24/02/2006).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que tange ao reconhecimento da **circunstância atenuante da confissão espontânea**, confira-se, no **punctum saliens**, o que restou dito na r. sentença condenatória:

"O réu Marcos Luis, embora na fase inquisitorial permaneceu calado, em juízo, f. 31, assumiu que telefonou para a acusada, do interior da cadeia, admitindo que estava confessando o crime para livrar a esposa da imputação. Criou versão semelhante a da acusada, ou seja, confessou que telefonou para a acusada e pediu a esta que fosse apenas buscar o dinheiro com terceira pessoa. A esposa desconhecia que no interior da sacola havia droga." (fl. 71).

Para efeitos de reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, alínea "d", do CP (**confissão espontânea**) não é necessário que se trate de situação de **autoria ignorada** da infração (REsp 51.809/RS, 5ª **Turma**, Rel. Min. **Edson Vidigal**, DJ de 13/04/1998) ou que a **prática do crime tenha sido atribuída a outrem**, basta que o agente **admita a sua participação na infração penal em apuração** (HC 72.257, **Segunda Turma**, Min. **Marco Aurélio**, DJ de 18/08/1995), seja na **fase inquisitorial**, como **em juízo**. É preciso, também, que o agente o faça de forma **espontânea**, ou seja, a confissão deve ser um **ato voluntário, alheio a intervenção de fatores externos** (**Alberto Silva Franco e Rui Stoco in** Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial - Volume 1 - Parte Geral", Ed. RT, 7ª edição, página 1.213).

Na hipótese dos autos, **não há qualquer dado que justifique a redução da reprimenda imposta em razão do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea**. Com efeito, o paciente, após permanecer em silêncio na fase inquisitorial, em juízo, passou a narrar como os fatos teriam acontecido, de forma completamente dissociada dos demais elementos de prova mencionados no édito condenatório, tudo isso, segundo afirmado por ele próprio, com a deliberada intenção de isentar de responsabilidade sua convivente, corré na mesma ação penal, sem contudo, em nenhum momento, assumir a participação na prática delitiva, tanto que as suas declarações, frise-se, **justificadamente**, não foram em nenhum momento levadas em consideração para fundamentar a condenação que lhe foi imposta. Tem-se, portanto, a alegação de atenuante da confissão espontânea que não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corresponde aos elementos dos autos, o que inviabiliza o reconhecimento da destacada atenuante genérica (HC 74.068, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Octavio Gallotti**, DJ de 07/02/1997).

Além disso, **segundo decidido pela c. Suprema Corte**, em se tratando do delito de tráfico de drogas, *"Para a incidência da atenuante genérica da confissão espontânea, faz-se imprescindível que o Paciente tenha confessado a traficância"*. (HC 94.295/SP, **Primeira Turma**, Re1ª. Minª. **Cármem Lucia**, DJe de 30/10/2008).

Sendo assim, não ha como reconhecer, na hipótese, a incidência da atenuante da confissão espontânea e, desta forma, tomando-se em conta que a pena-base do paciente devera permanecer no mínimo legal, isto é, 5 (cinco) anos e mantido o aumento em razão da reincidência (1/2), a reprimenda resta definitivamente estabelecida em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão a ser cumprida no regime inicial fechado, mantida, no mais, a condenação que lhe foi imposta.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem a fim **de apenas para redimensionar a pena-base imposta ao paciente para o mínimo legal.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0133456-0

HC 141527 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1080265899 20090078330 5842008

EM MESA

JULGADO: 15/12/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLÊÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCOS LUIS DE SOUZA LIMA
ADVOGADO : IRAN PEREIRA DA COSTA NEVES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MARCOS LUIS DE SOUZA LIMA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de dezembro de 2009

LAURO ROCHA REIS
Secretário