



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 140.692 - MS (2009/0127289-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DENISE DA SILVA VIEGAS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LEANDRO FERREIRA DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. CONSIDERAÇÃO DAQUELA PRÓPRIA DO TIPO. INVIABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO COM BASE EM ELEMENTAR DO DELITO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA NESSE PONTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. Mostra-se inviável considerar como desfavorável ao agente circunstância inerente à culpabilidade em sentido estrito, a qual é elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida.

2. Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, ações penais andamento não podem ser levadas à consideração de maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade. Exegese da Súmula 444 deste Superior Tribunal.

3. Os motivos e as consequências do crime, quando próprios do tipo, não servem para justificar a exasperação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria.

4. Verificado que, na primeira etapa da dosimetria, as instâncias ordinárias levaram em consideração a maior reprovabilidade do *modus operandi* empregado no cometimento de delito, bem como a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada um pouco acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

ATENUANTES GENÉRICAS. MENORIDADE RELATIVA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *WRIT*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO CONHECIDO NESSE PONTO. ATENUANTES CONFIGURADAS. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO OBRIGATÓRIOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO DE OFÍCIO.

1. Verificando-se que a Corte de origem não apreciou as questões relativas ao almejado reconhecimento das atenuantes genéricas da menoridade relativa e da confissão espontânea em favor do paciente, inviável a análise dessas matérias diretamente por este Sodalício, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

2. Evidente o constrangimento ilegal, sanável de ofício através da via eleita, quando comprovado, por meio de documentação hábil, que o paciente tinha 20 (vinte) anos de idade à época dos fatos criminosos, razão pela qual merece ser reconhecida em seu favor a atenuante da menoridade relativa, prevista no art. 65, I, do CP.

3. Constatando-se que o agente confessou, judicialmente, que estava transportando a droga apreendida, e sendo tais declarações utilizadas para fundamentar a condenação, de ser reconhecida em seu favor, de ofício, a atenuante do art. 65, III, *d*, do CP.

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. MAUS ANTECEDENTES. AFASTAMENTO. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE NÃO ANALISARAM O EVENTUAL PREENCHIMENTO DOS DEMAIS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA BENESSE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO EM PARTE.

1. Afastados os maus antecedentes do agente, única condição apontada para negar a aplicação do previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, devida a análise pelo Juízo de primeiro grau dos demais requisitos necessários para o reconhecimento da incidência da minorante, não examinados pelas instâncias ordinárias.

2. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, no mais, concedida em parte a ordem, para reduzir a pena-base imposta ao paciente, concedendo-se, ainda, *habeas corpus* de ofício para reconhecer em seu favor as atenuantes genéricas da menoridade relativa e da confissão espontânea, ficando a sua reprimenda definitiva em **5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 78 (setenta e oito) dias-multa**, determinando-se, ainda, que o Juízo da 1ª Vara da Comarca de Miranda/MS, diante do afastamento dos maus antecedentes, analise o eventual preenchimento dos demais requisitos necessários para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, deferir parcialmente a ordem e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 05 de maio de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 140.692 - MS (2009/0127289-4)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DENISE DA SILVA VIEGAS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LEANDRO FERREIRA DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de LEANDRO FERREIRA DA SILVA, contra acórdão proferido pela Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul que negou provimento à Apelação Criminal n.º 2008.036307-8, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente à pena de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06.

A impetrante alega constrangimento ilegal, ao argumento de que a pena-base do paciente teria sido fixada acima do mínimo abstratamente previsto em lei sem que tivessem sido apontados elementos concretos dos autos que justificassem a elevação.

Destaca que, da folha de antecedentes penais do paciente, constata-se apenas inquéritos policiais em andamento, os quais não poderiam ser sopesados a título de maus antecedentes, sob pena de violação ao princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

Sustenta que deveriam ser reconhecidas, em favor do paciente, as atenuantes genéricas da menoridade relativa e da confissão espontânea, ressaltando que, embora tal pedido tenha constado das alegações finais da defesa, deixou o juiz sentenciante de apreciá-lo, assim como a Corte de origem, o que, segundo defende, não seria impeditivo para o reconhecimento, por este Superior Tribunal, das minorantes em questão, haja vista o efeito devolutivo do recurso de apelação.

Considera que deveria ser aplicada, em favor do sentenciado, a causa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, ressaltando que *"a documentação que escudou a conclusão no sentido de serem 'péssimos' os antecedentes do paciente é absolutamente inidônea para tal fim, seja porque não expedida por quem detém fé pública, seja porque às fls. 26/27 dos autos originários consignam apenas inquéritos policiais instaurados"* (fl. 28).

Requer a concessão da ordem para que:

- a) seja a pena-base do paciente reduzida ao mínimo legalmente previsto, ou próximo disso;
- b) sejam aplicadas as atenuantes genéricas da menoridade relativa e da confissão espontânea; e
- c) afastando a conclusão acerca dos maus antecedentes do paciente, seja aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela parcial concessão da ordem, para que seja determinado ao Juízo de primeiro grau que analise a possibilidade de reconhecimento das atenuantes genéricas mencionadas, bem como o eventual preenchimento, pelo paciente, dos demais requisitos necessários para a aplicação da causa especial de diminuição em comento.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 140.692 - MS (2009/0127289-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Certo que a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios, consoante reiteradamente vem decidindo este Superior Tribunal de Justiça.

In casu, verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, porque, segundo restou apurado, no dia 28-7-2008, na cidade de Corumbá/MS, *"previamente ajustado com outrem, o denunciado adquiriu **516 gramas de cocaína**, destinada ao comércio, e que seria transportada até Campo Grande, em uma motocicleta"* (fl. 38).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi negado provimento, mantido, na íntegra, o édito condenatório.

No que se refere à sustentada ilegalidade na aplicação da pena-base imposta ao paciente, necessário se faz, para melhor análise da questão *sub examine*, transcrever o trecho da sentença condenatória relativo à primeira etapa da dosimetria, *verbis*:

O réu é culpável, pois, à época dos fatos, tinha plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato que praticou, e de determinar-se de acordo com tal entendimento.

Sua personalidade e antecedentes não militam em seu favor, vez que, segundo as folhas de antecedentes criminais acostadas aos autos (fls. 26/27), Leandro soma péssimos antecedentes criminais.

Como pontos desfavoráveis, militam, ainda, em seu desfavor, os motivos, circunstâncias e consequências do crime que praticou.

Os motivos são óbvios: a obtenção de lucro fácil com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comercialização de drogas.

As circunstâncias em que o delito fora praticado são totalmente reprováveis, haja vista que o réu transportava mais de meio quilo de cocaína, tentando utilizar-se de atalho longe do posto de fiscalização da polícia, somente não logrando êxito, porque perdera-se devido ao fato do local estar muito escuro.

As consequências do crime, entendo serem as mais graves, sobretudo se considerar as desastrosas consequências da comercialização da referida droga no meio social, destruindo indivíduos em desenvolvimento, ou seja, adolescentes e, via se consequência, famílias inteiras, que se veem desdobrar e despedaçar, por ordinariamente, não conseguirem solucionar o problema de seus entes queridos que se entregam ao vício.

Deste modo, a considerar-se, sobretudo, a considerável quantidade de droga (516 gramas de cocaína), os péssimos antecedentes criminais do acusado (fls. 26/7), os motivos, circunstâncias e consequências do crime que praticou, doso a sua pena-base pouco acima do mínimo legal, fixando-a em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 78 (setenta e oito) dias-multa. (fls. 63-64)

A Corte impetrada, por sua vez, manteve inalterada a sanção básica irrogada ao paciente, ao argumento de que *"possui algumas circunstâncias judiciais desfavoráveis, bastando apenas uma para que a pena seja fixada acima do mínimo legal (f. 105-106)"*, tendo destacado que *"o magistrado possui discricionariedade, dentro dos limites legais, para fixar a pena em conformidade com sua finalidade, prevenção e repressão do crime"* (fl. 80).

A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, dos quais não deve se furtar de analisar individualmente, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Em se tratando de crime previsto na novel Lei de Drogas, como ocorre na espécie, o juiz, na fixação da penas, deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

No caso em apreço, verifica-se que o juiz sentenciante, ao analisar as circunstâncias judiciais, considerou desfavoráveis ao paciente a culpabilidade, a personalidade, os antecedentes, os motivos, as circunstâncias e as consequências do delito.

Segundo a doutrina, na análise da circunstância judicial da culpabilidade, *"deve aferir-se o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu"* (DELMANTO, Celso e outros, Código Penal Comentado, 7. ed., Renovar: RJ, 2007, p. 186).

E, na hipótese que se apresenta, o Juízo sentenciante considerou acentuada a culpabilidade, ao argumento de que *"O réu é culpável, pois, à época dos fatos, tinha plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato que praticou, e de determinar-se de acordo com tal entendimento"* (fl. 63), o que não constitui fundamento idôneo a autorizar maior apenação na primeira etapa da dosimetria, vez que a culpabilidade aferida pelo magistrado foi aquela em sentido estrito - elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida -, e não a no sentido lato, isto é, a reprovação social que o crime e o seu autor merecem pela conduta criminosa praticada.

Veja-se, a propósito, o seguinte julgado da Sexta Turma deste Sodalício:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"[...]"

A circunstância judicial da culpabilidade deve ser aferida levando-se em conta a reprovabilidade da conduta do agente, mostrando-se inadmissível considerá-la maculada tão-somente em função de ele possuir plena consciência da ilicitude do fato.

Não há que se confundir a culpabilidade como elemento do crime com a medida da culpabilidade do agente, sendo que apenas esta última encontra previsão no artigo 59 do Código Penal." (HC n.º 107.795/RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 16-12-2008, DJe 2-3-2009)

Na sequência, o togado singular entendeu que *"Sua personalidade e antecedentes não militam em seu favor, vez que, segundo as folhas de antecedentes criminais acostadas aos autos (fls. 26/27), Leandro soma péssimos antecedentes criminais"* (fl. 63).

E, da folha de antecedentes criminais do paciente colacionada aos autos (fls. 48-51), verifica-se que, afora o processo penal objeto do presente *writ*, constam 11 (onze) inquéritos policiais em andamento, os quais não poderiam ter sido valorados a título de *"péssimos antecedentes"* e de personalidade desfavorável, porquanto, segundo a pacífica jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Colendo STF, inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRIMARIEDADE RECONHECIDA. CONDENAÇÃO NÃO-TRANSITADA EM JULGADO. ÓBICE. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. "Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo" (HC 100.848/MS).

"[...]"

3. Ordem concedida para determinar a remessa dos autos ao Juízo da Execução, o qual deverá aplicar a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na fração de 1/3 (um terço), observado o limite mínimo da pena em 1 ano e 8 meses de reclusão." (HC n.º 134.704/SP. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15-9-2009, DJe 19-10-2009)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aliás, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça, que dita que: *"É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."*

Por essas razões, de rigor o afastamento da valoração negativa das circunstâncias judiciais da personalidade e dos antecedentes do paciente, reduzindo-se, por conseguinte, a pena-base nesse ponto.

Ao prosseguir na análise das circunstâncias previstas no art. 59 do CP, o juiz de primeiro grau considerou desfavoráveis os motivos do crime, ao argumento de que o paciente teria agido motivado pela *"obtenção de lucro fácil com a comercialização de drogas"* (fl. 63), argumento que não é de molde a autorizar o aumento de pena procedido na primeira fase de fixação da reprimenda, especialmente no referente ao narcotráfico, vez que essa circunstância é inerente ao próprio tipo penal infringido.

Após, o togado singular entendeu que *"As circunstâncias em que o delito fora praticado são totalmente reprováveis, haja vista que o réu transportava mais de meio quilo de cocaína, tentando utilizar-se de atalho longe do posto de fiscalização da polícia, somente não logrando êxito, porque perdera-se devido ao fato do local estar muito escuro"* (fl. 63), o que evidencia que as instâncias ordinárias, na fixação da pena-base, levaram em consideração a maior reprovabilidade do *modus operandi* empregado no cometimento de delito, bem como o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, considerando, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a elevada quantidade de droga apreendida, a afastar o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente nesse ponto.

A propósito, segundo orientação dessa Corte Superior de Justiça: *"A natureza e a quantidade da droga apreendida, em atenção ao disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, são circunstâncias que, por si só, justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal."* (HC n.º 165.387/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 8-2-2011, DJe 21-2-2011).

Por fim, o juiz sentenciante entendeu que as consequências do delito seriam graves, considerando *"as desastrosas consequências da comercialização da referida droga no meio social, destruindo indivíduos em desenvolvimento, ou seja,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adolescentes e, via se consequência, famílias inteiras, que se veem desdobrar e despedaçar, por ordinariamente, não conseguirem solucionar o problema de seus entes queridos que se entregam ao vício" (fl. 63), argumento que também não é de molde a autorizar a elevação procedida na pena-base do paciente nesse ponto, vez que se trata de circunstância que aponta para a danosidade decorrente da prática de qualquer crime de tráfico de drogas abstratamente considerado, e sobretudo porque a substância entorpecente foi apreendida antes mesmo de ser colocada no comércio.

Por essas razões, tendo em vista a inadequação parcial da análise das circunstâncias judiciais, e considerando que remanesce apenas 1 (uma) desfavorável ao paciente - circunstâncias do crime -, merecem a sentença condenatória e o acórdão impugnado ser parcialmente reformados nesse ponto, reduzindo a pena-base do paciente de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão para **6 (seis) anos de reclusão, mantida a pecuniária em 78 (setenta e oito) dias-multa, tal qual cominada pelas instâncias ordinárias.**

Relativamente ao pretendido reconhecimento, em favor do paciente, das atenuantes genéricas da menoridade relativa e da confissão espontânea, verifica-se que essas matérias não foram apreciadas pelo Tribunal de origem, o que, em princípio, impede a análise dessas questões diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

Não obstante, constata-se que se cuida de flagrante ilegalidade, a ensejar a concessão de *habeas corpus* de ofício, para ver reconhecida, na espécie, ambas as atenuantes em favor do condenado.

Relativamente à atenuante genérica prevista no art. 65, inciso I, do CP - menoridade relativa -, verifica-se, dos documentos colacionados aos autos - cópias da planilha de identificação procedida em sede policial e da certidão de nascimento (fls. 46-47) -, que o paciente nasceu em **13-2-1988** e que o delito objeto do presente *writ* foi cometido no dia 28-7-2008, restando evidente, portanto, que, à época dos fatos, contava com apenas 20 (vinte) anos de idade.

Assim, na esteira do entendimento adotado por este Sodalício, *"demonstrada a menoridade dos pacientes por meio de documento hábil, obrigatório o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, I, do CPB"* (HC n.º 102.806/SP,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUINTA TURMA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 19-11-2009, DJe 22-2-2010).

De igual forma, de rigor a concessão de *habeas corpus* de ofício, para ver reconhecida, na espécie, também a atenuante genérica prevista no art. 65, inciso III, alínea "d", do CP - confissão espontânea -, vez que, da leitura da sentença condenatória, verifica-se que, embora as declarações judiciais do paciente tenham sido levadas em consideração para condená-lo pelo crime de tráfico de drogas em exame, deixou o magistrado singular de sopesá-la na aplicação da pena.

Com efeito, o juiz sentenciante considerou que *"a autoria delitiva do acusado restou comprovada nos autos pela confissão judicial, bem como pelas provas produzidas durante a instrução processual"*, tendo acrescentado que, *"ouvido em juízo, o acusado Leandro afirmou que realmente estava transportando os 516 gramas de cocaína descritos na denúncia e que entregaria a droga a uma mulher que o esperaria na rodoviária"* (fl. 60).

A Corte impetrada, por sua vez, manteve a condenação, por entender que *"a autoria está comprovada pela confissão judicial do apelante, corroborada pelas declarações das testemunhas e demais provas dos autos"* (fl. 79).

Da leitura dos trechos acima transcritos, verifica-se que as instâncias ordinárias entenderam que a autoria delitiva estava devidamente comprovada, haja vista a confissão do agente, operada em sede judicial, o que evidencia o alegado constrangimento ilegal de que está sendo vítima, sanável de ofício pela via eleita, pois o entendimento sufragado nessa Corte Superior é no sentido de que *"a atenuante do art. 65, inc. III, alínea d, do Código Penal tem caráter objetivo, configurando-se, tão-somente, pelo reconhecimento espontâneo do acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, não se sujeitando a critérios subjetivos ou fáticos"* (REsp n.º 711.026/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, j. em 9-8-2005).

Vale dizer, se a confissão do agente é um dos fundamentos da condenação, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada, sendo irrelevante se a confissão foi espontânea ou não, foi total ou parcial, ou mesmo se houve retratação posterior.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse diapasão, os seguintes julgados:

CRIMINAL. HC. ROUBO QUALIFICADO. USO DE DOCUMENTO FALSO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. IRRELEVÂNCIA. CONFISSÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. ATENUANTE CONFIGURADA. [...]

A confissão extrajudicial, ainda que retratada em juízo, deve ser reconhecida como circunstância atenuante pelo julgador se serviu de fundamento para sustentar a condenação, nos termos do art. 65, inciso III, alínea 'd', do Estatuto Repressivo. Precedentes.

"[...] (HC n.º 50975/MS, Rel. Ministro Gilson Dipp, julgado em 16-5-2006)

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO. CARACTERIZAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO PARA FINS DE CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 1/2. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE.

[...]

5. Deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea, uma vez que efetivamente usada pela sentença para embasar a condenação. Precedentes.

[...]

7. Habeas corpus concedido para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, tão-somente na parte relativa à dosimetria da pena, nos termos explicitados. (HC n.º 88.316/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 15-12-2009, DJe 8-2-2010)

Assim, devem ser reconhecidas as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea em favor do paciente, devendo a sua reprimenda ser reduzida, na segunda fase da dosimetria, em 3 (três) meses de reclusão para cada atenuante, **totalizando, nessa etapa, 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 78 (setenta e oito) dias-multa.**

No que se refere à almejada aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, o juiz sentenciante entendeu inviável o reconhecimento da benesse em favor do paciente, *"pois, segundo a certidão de antecedentes criminais acostadas às fls. 26/7 dos autos, Leandro soma maus*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes criminais" (fl. 64).

A Corte impetrada, por sua vez, manteve o afastamento da minorante em questão, ao argumento de que, "*compulsando os autos, verifica-se que o apelante possui antecedentes criminais (f. 26-27)*" (fl. 80).

E, assim decidindo, constata-se o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente nesse ponto, uma vez que, conforme anteriormente salientado, o sentenciado, ao tempo da prática do crime objeto do presente *writ*, possuía contra si **apenas inquéritos policiais em andamento**, os quais, segundo a pacífica jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Colendo STF, não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade, como já destacado quando da apreciação da circunstância judicial dos antecedentes.

Dessa forma, concede-se a ordem para afastar os maus antecedentes, devendo o Juízo da 1ª Vara da Comarca de Miranda/MS analisar o eventual preenchimento, pelo paciente, dos demais requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 para o reconhecimento da minorante em questão, quais sejam, além da primariedade ao tempo do delito, a não dedicação a atividades delituosas e a não integração em organização criminosa.

Ante o exposto, conhece-se parcialmente do presente *habeas corpus* e, no mais, concede-se em parte a ordem, para reduzir a pena-base imposta ao paciente, concedendo-se, ainda, *habeas corpus* de ofício para reconhecer as atenuantes genéricas da menoridade relativa e da confissão espontânea, ficando a sua reprimenda definitiva em **5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 78 (setenta e oito) dias-multa**, determinando-se, ainda, que o Juízo da 1ª Vara da Comarca de Miranda/MS, diante do afastamento dos maus antecedentes, analise o eventual preenchimento, pelo paciente, dos demais requisitos necessários para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0127289-4

HC 140.692 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15080011793 20080363078

EM MESA

JULGADO: 05/05/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DENISE DA SILVA VIEGAS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LEANDRO FERREIRA DA SILVA (PRESO)

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, deferiu parcialmente a ordem e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.