



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 367.200 - SC (2016/0215055-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : VANDOGLAS GALDINO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRETENDIDA APLICAÇÃO DO *QUANTUM* DE ESTUPEFACIENTE APREENDIDO PARA EXASPERAR A PENA-BASE. DISCRICIONARIEDADE. UTILIZAÇÃO PARA MODULAR A FRAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Sabe-se que § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa.

2. No tocante aos critérios para a escolha do patamar de diminuição, cumpre destacar que o legislador apontou apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para dirimir entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

3. Inexiste ilegalidade na aplicação da minorante em 1/3 (um terço), porquanto devidamente fundamentada nas circunstâncias do delito.

ATENUANTES DA MENORIDADE RELATIVA E DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231/STJ. APLICAÇÃO DAS ATENUANTES APÓS A TERCEIRA ETAPA. INVIABILIDADE. ORDEM DE FIXAÇÃO DA PENA EXPRESSAMENTE PREVISTA NO ART. 68 DO CP. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A jurisprudência desta Corte Superior possui entendimento no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentido de não ser possível a redução da reprimenda, na segunda fase do dosimetria, em patamar inferior ao mínimo previsto legalmente. Súmula 231 deste Sodalício.

2. Assim, fixada a pena-base no piso legal, inviável a aplicação das atenuantes da menoridade e confissão espontânea com redução da sanção intermediária, porquanto entendimento em sentido contrário feriria o referido enunciado sumular. Precedente.

3. Não há falar em aplicação das atenuantes supramencionada, após a terceira etapa da dosimetria, uma vez que o art. 68 do Código Penal prevê expressamente que as atenuantes e as agravantes devem incidir após a escolha da sanção inicial e antes das causas de aumento e de diminuição.

REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS. ELEVADA QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DOS ESTUPEFACIENTES APREENDIDOS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, circunstância concreta relacionada à quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas, é motivação suficiente a ensejar a fixação de regime mais gravoso, no caso, o semiaberto, e impedir a substituição da pena privativa pelas restritivas de direitos

2. Ademais, conforme informações colacionadas, o paciente progrediu ao regime aberto, em 13/7/2016.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

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, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de abril de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 367.200 - SC (2016/0215055-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : VANDOGLAS GALDINO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de VANDOGLAS GALDINO DA SILVA contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que deu parcial provimento à Apelação n. 0015155-61.2015.8.24.0038, a fim de redimensionar a pena para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, c.c § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a Corte estadual, ao prover parcialmente a apelação, reduziu a pena-base ao mínimo legal e manteve a minorante especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em patamar inferior ao máximo previsto, de maneira prejudicial ao paciente.

Defende que deveria ser aplicada a referida causa de diminuição da pena em 1/2 (metade).

Afirma que as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, não valoradas na segunda fase da dosimetria, deveriam ser sopesadas na terceira fase para determinar o *quantum* de mitigação da reprimenda.

Alega que, diante da primariedade do paciente e da pequena quantidade dos entorpecentes apreendidos, o regime inicial deveria ser alterado para o aberto e a pena privativa de liberdade substituída pela restritiva de direitos.

Requer a concessão da ordem constitucional que seja redimensionada a reprimenda, alterado o regime inicial para o aberto e substituída a pena por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas.

O MPF manifestou-se pelo não conhecimento ou denegação do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 367.200 - SC (2016/0215055-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CONCURSO MATERIAL. CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS NO SENTIDO DE QUE AS CONDUTAS PRATICADAS TINHAM DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. INVERSÃO DO JULGADO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

[...]

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 366.638/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 388 (trezentos e oitenta e oito) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, c.c § 4º, da Lei n. 11.343/06, porque:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

""Na noite de 12 de agosto de 2015, por volta da 22h30min, policiais militares que realizavam rondas na rua Luiza Deranholi Koschinik, bairro Aventureiro, nesta cidade, quando avistaram VANDOGLAS GALDINO DA SILVA em atitude suspeita e resolveram abordá-lo, na ocasião dispensou ele uma pochete em via pública e empreendeu fuga, sendo alcançado pelos milicianos.

Apreendida a pochete, verificou-se que no seu interior havia 7 (sete) porções do entorpecente conhecido popularmente como maconha, acondicionados individualmente em embalagem de plástico incolor, com massa bruta total de 33,3g (trinte e três gramas e três decigramas); 14 (catorze) porções de cocaína, acondicionadas individualmente em embalagem de plástico incolor, com massa bruta total de 7,6g (sete gramas e seis decigramas) e 100 (cem) porções da droga conhecida vulgarmente como crack, embaladas individualmente em plástico incolor, apresentando massa bruta total de 14,3g (catorze gramas e três decigramas) - laudo pericial de págs. 51/54 -, substâncias entorpecentes estas que causam dependência física e/ou psíquica e estão proscritas em todo território nacional, de acordo com a Portaria 344/98 da SVS/MS e que o denunciado VANDOGLAS trazia consigo/transportava/guardava com finalidade de venda, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar" (fls. 01-02)." (e-STJ fl. 225)

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, o qual, por maioria, deu-lhe parcial provimento para afastar o *bis in idem* na primeira e terceira etapa da dosimetria, redimensionando a reprimenda para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa.

No que tange à causa especial de diminuição do § 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, verifica-se que o magistrado singular estabeleceu a fração de 1/3 (um terço), asseverando, a saber:

"Na terceira fase, como tem bons antecedentes e inexistência de prova do seu envolvimento com organização criminosa, tem direito à redução de que trata o art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos. A quantidade apreendida é significativa, sem desprezar a variedade de drogas em seu poder (maconha, crack e cocaína), logo, a redução é arbitrada na fração de um terço, resultando as penas em 03 anos e 04 meses de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, mais 388 dias-multa." (e-STJ fl. 217)

O Tribunal Estadual manteve a aplicação da fração estabelecida na origem, sob o seguinte fundamento, *verbis*:

"Segundo os Excelentíssimos Desembargadores Sérgio Rizelo e Volnei Celso Tomazini, os critérios previstos no art. 42 da Lei n. 11.343/06 ("a natureza e a quantidade da substância ou do produto") não podem ser desmantelados em duas etapas, mas devem ser sopesados em conjunto: ou para aumentar a pena-base ou para definir o critério do redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Afinal, a natureza e a quantidade da droga seriam uma única circunstância judicial. Caso contrário, haveria uma burla ao disposto no texto legal e

ao entendimento sufragado pelo STF.

Dessa forma, aplico o posicionamento majoritário e, com isso, reduzo a pena-base para o mínimo legal: 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

[...]

3.3. Por fim, afastado o aumento da pena-base, entendo que os fundamentos utilizados servem adequadamente a fim de definir o parâmetro do redutor em 1/3. Com isso, a pena final é de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa." (e-STJ fls. 230/232).

No tocante aos critérios para a escolha do patamar de diminuição, cumpre destacar que o legislador apontou apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para dirimir entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Disciplinando o tema, a doutrina e a jurisprudência firmaram o entendimento de que devem ser consideradas as circunstâncias judiciais - art. 59 do CP - e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos, que expressamente ordena que: *"O juiz, na fixação das penas, considerará com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente"*.

Na hipótese, nota-se que se entendeu devida a fração de 1/3 (um terço), considerando a quantidade e diversidade das drogas apreendidas - **33,3 g de maconha**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7,6 g de cocaína e 14,3 g de crack (e-STJ fl. 225).

Deste modo, vislumbra-se que o patamar de redução utilizado foi devidamente fundamentado, tendo em vista que o volume e a variedade do entorpecente justificam a mitigação inferior ao máximo legalmente previsto, tornando-se inviável, portanto, a reforma do patamar aplicado.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 3 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME ABERTO, SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO ESCOLHIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga apreendida podem embasar a escolha da fração aplicada pela minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Precedentes.

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/3, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando as instâncias ordinárias, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamentam o patamar escolhido, concretamente, na quantidade e na espécie da droga apreendida. Ademais, alterar a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 356.161/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE, VARIEDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS E NATUREZA DE UMA DELAS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. FIXADO O REGIME FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS COM BASE NA HEDIONDEZ, NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E NA VEDAÇÃO LEGAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da quantidade e variedade das substâncias entorpecentes apreendidas - 18 porções de crack e 4 de maconha - e da natureza altamente lesiva de uma delas (crack), a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do quantum de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

[...]

5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, afastados os fundamentos referentes à hediondez e à gravidade in abstrato do delito de tráfico, bem como o óbice do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

(HC 352.049/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 10/06/2016)

Outrossim, respeitada a discricionariedade concedida ao julgador, tendo sido a quantidade e variedade dos estupefacientes apreendidos considerada, exclusivamente, na escolha da fração da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, não há que se falar em ilegalidade em sua não aplicação, obrigatoriamente, para exasperar a pena-base.

Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS (8,3 KG DE COCAÍNA). VIOLAÇÃO DOS ARTS. 33, § 4º, E 42 DA LEI N. 11.343/2006. TESE DE QUE A QUANTIDADE SÓ PODERIA SER CONSIDERADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO DECORRENTE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DO ÓRGÃO JULGADOR. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. MODIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

1. O argumento do recurso é nitidamente voltado à redução do grau de discricionariedade conferido ao magistrado na aplicação da pena; caso acolhido, o julgador estaria obrigado a ponderar a quantidade e natureza das drogas exclusivamente na primeira fase da dosimetria, a fim de propiciar a redução por circunstância atenuante na segunda fase e a fixação do redutor especial no patamar máximo na terceira.

Ocorre que, considerados os parâmetros legais, o sistema



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

brasileiro prevê certa elasticidade na fixação da pena, objetivando respostas mais precisas aos casos concretos, tendo em vista que o Código Penal não estabelece regras absolutamente objetivas para sua fixação (AgRg no AREsp n. 499.333/SP, Ministro Moura Ribeiro, DJe 14/8/2014).

2. Não se extrai do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 uma restrição ao momento em que as circunstâncias descritas devem prevalecer, se na primeira ou na terceira fase, mas um comando para que o julgador dispense maior atenção àquelas condições (AgRg no AREsp n.652.347/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 9/4/2015).

3. Tal entendimento guarda perfeita harmonia com a jurisprudência firmada pela Suprema Corte, que, no ARE n. 666.334/MG, julgado sob o regime de repercussão geral, considerou adequado o uso de tais elementos (quantidade e natureza) em fases distintas da dosimetria, desde que de forma exclusiva em uma delas.

4. A Corte a quo concluiu, ao analisar as circunstâncias da apreensão da droga, que seria razoável e proporcional a aplicação da causa de diminuição no patamar de 1/2 da pena, estando, portanto, dentro do seu critério de discricionariedade, notadamente por verificar as circunstâncias inerentes ao caso concreto. Dessa forma, é inviável a análise do tema na via estreita do recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1563477/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 18/08/2016)

No que diz respeito à pretendida redução da reprimenda, pela incidência das atenuantes da menoridade e confissão espontânea após a terceira fase da dosimetria, tem-se que a Corte Estadual assim decidiu:

"Na segunda fase foram reconhecidas duas atenuantes - confissão espontânea e menoridade penal relativa -, todavia foi observado o conteúdo do enunciado n. 231 da súmula do STJ. Sobre isso, o réu argumentou que as circunstâncias legais sempre reduzem a reprimenda, ainda que a conduzam para alguém do mínimo previsto em abstrato.

O verbete da súmula, porém, está em consonância com os princípios constitucionais. Pretensão em sentido contrário é o que contraria o princípio da legalidade, pois aquele foi o limite mínimo estabelecido pelo legislador para a punição, repressão e prevenção de crimes daquela natureza. Caso contrário, estaria o magistrado usurpando competência do Legislativo, violando o princípio da separação de poderes.

Não se diga que tal diminuição acontece na terceira etapa da dosimetria, devendo ocorrer também na segunda. Sucede que as situações são distintas: diferentemente das causas de aumento e de diminuição, as agravantes e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atenuantes não fazem parte do tipo penal. A respeito, colho da doutrina:

"Utilizando o raciocínio de que as atenuantes, segundo preceito legal, devem sempre servir para reduzir a pena (art. 65, CP), alguns penalistas têm defendido que seria possível romper o mínimo legal quando se tratar de aplicar alguma atenuante a que faça jus o réu. Imagine-se que o condenado tenha recebido a pena-base no mínimo; quando passar para a segunda fase, reconhecendo a existência de alguma atenuante, o magistrado deveria reduzir, de algum modo, a pena, mesmo que seja levado a fixá-la abaixo do mínimo. Essa posição é minoritária. Aliás, parece-nos incorreta, pois as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador" (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. Revista dos Tribunais. 13. ed. São Paulo, 2013, p. 469 - destaque).

É por esse motivo que interpretação teleológica deve prevalecer sobre a redação literal do art. 65, caput, do CP. A questão foi tratada nos precedentes que deram origem ao entendimento sumulado:

"A expressão 'sempre atenuam' não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal. Sempre atenuam, desde que a pena base não esteja no mínimo, diga-se, até aí, reprovação mínima do tipo" (STJ, REsp n. 146056, Min. Felix Fischer, j. 07.10.1997 - trecho do inteiro teor).

[...]

Portanto, a pena provisória é de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa." (e-STJ fl. 230/232).

E, assim decidindo, não se pode acoimar de ilegal o acórdão objurgado no ponto em que, embora reconhecidas as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, afastou a redução da pena aquém do mínimo legalmente previsto em lei, em estrita observância ao enunciado na Súmula 231 deste Sodalício, que assim dispõe:

"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aliás, ensina a doutrina que *"as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador"* (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. Revista dos Tribunais, 2008. p. 427).

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. MENORIDADE RELATIVA. PENA-BASE NO MÍNIMO. SÚMULA N. 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULA N. 440/STJ. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- De acordo com a Súmula n. 231 do STJ, descabe a redução da pena na segunda fase da dosimetria a patamar aquém do mínimo legal em razão da existência de circunstância atenuante, no caso, a menoridade relativa.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto aos pacientes.

(HC 341.394/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 18/02/2016)

Ademais, o art. 68 do CP, o qual determina a ordem para o cálculo da pena, prevê expressamente que as atenuantes e agravantes devem ser consideradas após a fixação da reprimenda básica e antes das causas de diminuição e de aumento, *in verbis*:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Assim, inviável a consideração das atenuantes indicadas após o cálculo de eventuais causas aumento na terceira fase, como pretendido pelo impetrante, uma vez que ocorreria a inversão da ordem descrita no referido artigo.

Confira-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. ALEGAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA DOS RECORRENTES CRISTIANO E DANIEL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO PARA A REFORMA DO QUE DECIDIU A INSTÂNCIA A QUO. INADEQUAÇÃO DA VIA. DOSIMETRIA. MENORIDADE RELATIVA E CONFISSÃO. INCIDÊNCIA DAS ATENUANTES APÓS AS CAUSAS DE AUMENTO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 68 DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. SÚMULA 231/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A instância a quo consignou que haveria "verdadeira coautoria" por parte do recorrente DANIEL e que a atuação do recorrente CRISTIANO teria sido "imprescindível ao próprio sucesso da empreitada delinquencial". Para a reversão do referido entendimento, fazendo incidir a causa de diminuição de pena da participação de menor importância, não se poderia prescindir de amplo revolvimento do acervo fático-probatório, a que a via estreita, de cognição sumária, do writ, não se presta.

II - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que é vedada a aplicação das atenuantes após a terceira fase da dosimetria, devendo ser respeitado o método escalonado de fixação da reprimenda previsto no art. 68, do Código Penal. (Precedentes).

III - Assim, não tendo havido a exasperação da pena-base de nenhum dos recorrentes, é inviável a aplicação das atenuantes da menoridade relativa e da confissão, já que "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal." (Súmula 231/STJ).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 371.171/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017)

Quanto à pretensa mitigação do regime inicial e à substituição da pena privativa pela restritiva de direitos, conforme consignado no acórdão recorrido, a circunstância judicial referente à quantidade, à natureza e à diversidade das drogas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendidas, é motivação suficiente a ensejar a fixação de regime mais gravoso, no caso, o semiaberto, e impedir a substituição da pena privativa pelas restritivas de direitos (e-STJ fl.232), não havendo constrangimento ilegal a ser sanado nesta via eleita.

Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. DIREITO AO SEMIABERTO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas. Precedentes.

2. Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado a pena reclusiva não superior a 4 anos cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 340.902/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017)

Ademais, conforme informações prestadas pela Corte de origem, em 13/7/2016, deferiu-se a progressão do paciente ao regime aberto.

Ante o exposto, não se vislumbrando constrangimento ilegal a ser reparado por esta Corte Superior de Justiça, **não conheço** do presente *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0215055-4

HC 367.200 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00151556120158240038 151556120158240038 20160033888

EM MESA

JULGADO: 27/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: VANDOGLAS GALDINO DA SILVA (PRESO)

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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.