



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.871 - MS (2014/0332218-1)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : FELIPE GONCALVES DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. *"Embora reconhecidas as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, elas não podem conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, consoante a Súmula 231 desta Corte."* (HC 328.132/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FÁRIA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 02/12/2015)

Habeas corpus não conhecido.

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, não conhecer do pedido.

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

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

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.871 - MS (2014/0332218-1)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PACIENTE : FELIPE GONCALVES DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de FELIPE GONÇALVES DA SILVA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 6 anos de reclusão, em regime fechado, e 600 dias-multa.

Em sede de apelação, o Tribunal, por maioria, deu parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a pena do paciente para 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 410 dias-multa (fls. 92/104).

Buscando a prevalência do voto vencido no sentido da fixação da pena aquém do mínimo legal, foram opostos embargos infringentes, que restaram rejeitados (fls. 135/142).

No presente *writ*, o impetrante alega a possibilidade de estabelecimento da pena abaixo do mínimo legal.

Requer, liminarmente e no mérito, que a pena do paciente seja redimensionada.

A liminar foi indeferida e as informações foram dispensadas (fls. 145/146).

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 154/159, pelo não conhecimento do *writ*, ou, no mérito, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.871 - MS (2014/0332218-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a redução da pena-base aquém do mínimo legal, em razão da existências de duas atenuantes (menoridade relativa e confissão espontânea).

O acórdão proferido pelo Tribunal de origem, no julgamento dos embargos infringentes, encontra-se fundamentados nos seguintes termos, *in verbis*:

"Conforme relatado, trata-se de Embargos Infringentes opostos por 'ELIPE GONÇALVES DA SILVA, requerendo a prevalência do voto vencido iroferido pelo Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Nas razões requer a redução da na segunda fase, pela aplicação das itenuantes da menoridade relativa (reconhecida na sentença) e confissão espontânea aplicada nesta instância), levando-a aquém do mínimo legal, por conseguinte seja ilterado o regime inicial de cumprimento da pena.

Os embargos não merecem acolhimento.

Em que pese meu entendimento idêntico ao Des. Carlos Eduardo Contar, no caso, tratando-se de recurso exclusivo da defesa, há que ser mantido o voto vencedor da lavra do Des. Romero Osme Dias Lopes.

Na segunda fase a dosimetria a pena não deve ser minorada em face das atenuantes da menoridade relativa e confissão espontânea, pois a pena-base foi fixada no mínimo legal e a pretensão de que a pena na segunda fase fique aquém do mínimo legal choca-se com o dever de observância aos parâmetros mínimo e máximo fixados na norma tipificadora, sob pena de violar frontalmente o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX da CF, que serve não só ao réu, mas à segurança jurídica. Portanto, é dentro dessa concepção mais ampla que os princípios constitucionais devem ser analisados e conjugados, não havendo como negar a prevalência do princípio da legalidade ou da reserva legal, que, aliás, vige de forma soberana no âmbito de Direito Penal.

Nesta senda a pretensão encontra óbice intransponível também na jurisprudência em face do Enunciado da Súmula 231 do STJ,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

verbis:

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

É certo que o princípio da individualização da pena, previsto art. 5º, XLVI da Constituição Federal, é uma das mais importantes garantias asseguradas ao réu, de ter uma pena justa e proporcional ao ilícito cometido, mas há também que obedecer ao princípio da reserva legal como fonte de segurança jurídica.

[...]

Deste modo, embora reconhecidas as referidas atenuantes, essas não aproveitarão ao réu no cálculo porque na segunda fase de dosimetria da pena há o limite do mínimo in abstrato estipulado na norma penal tipificadora do delito.

No caso, o réu já foi beneficiado com o entendimento exposto no voto vencedor, pois a pena restou abaixo do mínimo legal, em 04 anos e 02 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto.

Ante o exposto, com o parecer, rejeito os embargos infringentes." (fls. 140/141)

Como se vê, o Tribunal a quo, ao entender que não é possível reduzir a pena do paciente aquém do mínimo legal na segunda fase de dosimetria penal, decidiu a questão de acordo com o entendimento consolidado no enunciado da Súmula n. 231 desta Corte Superior de Justiça, verbis:

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

Por oportuno, confirmam-se os seguintes precedentes:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

"PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA BASE ACIMA DO PISO LEGAL. AUMENTO EXCESSIVO PELA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVAMENTE VALORADA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. ATENUANTE RECONHECIDA. PENA REDUZIDA AO PISO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE REPRIMENDA INFERIOR AO MÍNIMO ESTABELECIDO PELO PRECEITO SECUNDÁRIO DO TIPO PENAL. SÚMULA/STJ 231. REGIME FECHADO MANTIDO. DETRAÇÃO DE REGIME NÃO ANALISADA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

3. No que se refere à exasperação da pena base, verifica-se que o aumento pelas consequências do crime não se baseou exclusivamente no prejuízo patrimonial suportado pelo pequeno estabelecimento comercial, mas, também, no temor causado à vítima, que ainda sente muito medo, mesmo decorridos mais de dois anos desde a época da prática delitiva. Assim, baseando-se no consagrado parâmetro de aumento de 1/8 (um oitavo) para cada circunstância desfavorável, fazendo-o incidir sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime de roubo (6 anos), chega-se ao acréscimo de 9 (nove) meses à pena mínima cominada pelo tipo penal, devendo a reprimenda ser reduzida a 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

4. Quanto à segunda etapa do critério dosimétrico, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Hipótese na qual a atenuante da menoridade relativa do réu e a agravante referente à idade da vítima foram compensadas, tendo a reprimenda permanecido inalterada na segunda etapa da dosimetria.

Porém, considerando que o agente confessou, ainda que parcialmente, a prática delitiva, deve ser reconhecida a incidência da atenuante do art. 65, III, "d", do Código Penal, o que implica redução da reprimenda em 1/6, devendo ser reconduzida ao mínimo legal, dada a impossibilidade de fixação de pena inferior ao mínimo previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, nos moldes da Súmula/STJ 231.

[...]

10. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, a fim de estabelecer a pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, ficando mantido inicialmente o regime fechado, e determinar que o Juízo das Execuções avalie a possibilidade de detração de regime, garantindo ao paciente o direito de aguardar tal apreciação em regime semiaberto, salvo se, por outro motivo, estiver custodiado em meio mais gravoso." (HC 358.732/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016)

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DETRAÇÃO PENAL.

[...]

3. Embora reconhecidas as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, elas não podem conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, consoante a Súmula 231 desta Corte." (HC 328.132/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 02/12/2015)

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA. REGIME PRISIONAL. AGRAVAMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INEXISTÊNCIA DE RECURSO DO MP NESSE SENTIDO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA NE REFORMATIO IN PEJUS CARACTERIZADA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE EXAME PERICIAL. POTENCIALIDADE LESIVA. NÃO-OCORRÊNCIA. PERÍCIA REALIZADA. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. ERESP N.º 961.831/RS. SÚMULA N.º 231/STF. CONSTITUCIONALIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. ERESP N.º 1.154.752/RS. PRESENÇA DE DUAS MAJORANTES. FIXAÇÃO DE FRAÇÃO DE AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO MERAMENTE MATEMÁTICO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. ORDEM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

4. Nos termos da jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal o comando do enunciado n.º 231 do STJ ("[a] incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal") é constitucional, não importando em ofensa aos princípios da individualização da pena ou ao sistema trifásico [...] (HC 167.591/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 17/9/2012)

Dessa forma, impossível a aplicação das minorantes de menoridade relativa e confissão espontânea na hipótese em que a pena-base foi aplicada no patamar mínimo.

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0332218-1

HC 311.871 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00045524420138120001 00407371820128120001 00470924420128120001
407371820128120001 45524420138120001 470924420128120001

EM MESA

JULGADO: 27/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

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 MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : FELIPE GONCALVES DA SILVA

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.