



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 441.341 - SP (2018/0061936-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IUSCIA DUTRA BARBOZA - RS082003
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SAMUEL ALAN ALVES DE ARRUDA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO. CONCURSO ENTRE AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. PREPONDERÂNCIA. FRAÇÃO DE ATENUAÇÃO DA MENORIDADE REDUZIDA. CONFRONTO COM A AGRAVANTE. FRAÇÃO IDEAL DE 1/12. PARÂMETRO MERAMENTE INDICATIVO. ALTERAÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA. SUMULA 231/STJ. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA *EX OFFICIO*.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *writ*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. Conforme o entendimento consolidado desta Corte, a atenuante da menoridade é sempre considerada preponderante em relação às demais agravantes de caráter subjetivo e também em relação às de caráter objetivo. Essa conclusão decorre da interpretação acerca do art. 67 do Código Penal, que estabelece a escala de preponderância entres as circunstâncias a serem valoradas na segunda etapa do modelo trifásico. Dentro dessa sistemática, a menoridade relativa, assim como a senilidade, possuem maior grau de preponderância em relação àquelas igualmente preponderantes, decorrentes dos motivos determinantes do crime e reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal, e, *a fortiori*, em relação às circunstâncias objetivas.

4. A aplicação de circunstâncias atenuantes ou agravantes, isoladamente, enseja a incidência da fração paradigma de 1/6 (um sexto) para o devido ajuste da pena na segunda fase. Entrementes, no concurso entre atenuantes e agravantes, observada a escala de preponderância (CP, art. 67), aquela que estiver melhor graduada sobressair-se-á, contudo, com força de atuação reduzida, haja vista a inevitável força de resistência oriunda da circunstância em sentido contrário. Portanto, mostra-se proporcional, nesses casos, o patamar ideal de 1/12 (um doze avos) para valoração da atenuante ou agravante preponderante, ressalvada sempre a possibilidade de adequação ao caso concreto nessa estipulação.

5. *In concreto*, a menoridade relativa deve prevalecer de forma ordinária sobre a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agravante subjetiva da reincidência, o que culminaria no proporcional e equânime abrandamento de 1/12 (um doze avos). Contudo, como a pena-base foi fixada no mínimo legal, não é possível estabelecer a pena intermediária aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231/STJ. Destarte, deve a pena definitiva do paciente ser fixada no mínimo legal.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para reduzir a pena final do paciente para 5 anos de reclusão.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 22 de maio de 2018 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 441.341 - SP (2018/0061936-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IUSCIA DUTRA BARBOZA - RS082003
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SAMUEL ALAN ALVES DE ARRUDA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **SAMUEL ALAN ALVES DE ARRUDA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicial fechado, por infração art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo, nos seguintes termos:

"Apelação. Tráfico de drogas. Recurso defensivo buscando a desclassificação da conduta para o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Existência de amplo conjunto probatório, suficiente para sustentar a condenação, nos moldes em que proferida. Pedidos subsidiários de compensação da agravante da reincidência com a atenuante da menoridade relativa e aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de drogas. Impossibilidade.

Agravante que prepondera sobre a atenuante.

Inteligência do artigo 67, do CP. Circunstâncias do crime que denotam que o réu se dedicava ao tráfico de drogas. Inaplicabilidade do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Regime inicial fechado mantido. Recurso não provido." (e-STJ, fl. 34).

Neste *writ*, a defesa sustenta, em síntese que "se faz necessária a reforma do v. acórdão para que se proceda à compensação da atenuante da menoridade relativa com a agravante da reincidência, vez que tal entendimento é pacífico na jurisprudência" (e-STJ, fl. 2)

Ao final, pleiteia concessão da ordem para que seja compensada a agravante de reincidência com a atenuante da menoridade.

Requerimento de tutela provisória indeferido (e-STJ, fl. 926).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela "concessão da ordem de ofício, para redimensionar a pena do paciente" (e-STJ, fls. 48-51).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 441.341 - SP (2018/0061936-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IUSCIA DUTRA BARBOZA - RS082003
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SAMUEL ALAN ALVES DE ARRUDA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO. CONCURSO ENTRE AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. PREPONDERÂNCIA. FRAÇÃO DE ATENUAÇÃO DA MENORIDADE REDUZIDA. CONFRONTO COM A AGRAVANTE. FRAÇÃO IDEAL DE 1/12. PARÂMETRO MERAMENTE INDICATIVO. ALTERAÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA. SUMULA 231/STJ. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA *EX OFFICIO*.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *writ*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. Conforme o entendimento consolidado desta Corte, a atenuante da menoridade é sempre considerada preponderante em relação às demais agravantes de caráter subjetivo e também em relação às de caráter objetivo. Essa conclusão decorre da interpretação acerca do art. 67 do Código Penal, que estabelece a escala de preponderância entres as circunstâncias a serem valoradas na segunda etapa do modelo trifásico. Dentro dessa sistemática, a menoridade relativa, assim como a senilidade, possuem maior grau de preponderância em relação àquelas igualmente preponderantes, decorrentes dos motivos determinantes do crime e reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal, e, *a fortiori*, em relação às circunstâncias objetivas.

4. A aplicação de circunstâncias atenuantes ou agravantes, isoladamente, enseja a incidência da fração paradigma de 1/6 (um sexto) para o devido ajuste da pena na segunda fase. Entrementes, no concurso entre atenuantes e agravantes, observada a escala de preponderância (CP, art. 67), aquela que estiver melhor graduada sobressair-se-á, contudo, com força de atuação reduzida, haja vista a inevitável força de resistência oriunda da circunstância em sentido contrário. Portanto, mostra-se proporcional, nesses casos, o patamar ideal de 1/12 (um doze avos) para valoração da atenuante ou agravante preponderante, ressalvada sempre a possibilidade de adequação ao caso concreto nessa estipulação.

5. *In concreto*, a menoridade relativa deve prevalecer de forma ordinária sobre a agravante subjetiva da reincidência, o que culminaria no proporcional e equânime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

abrandamento de 1/12 (um doze avos). Contudo, como a pena-base foi fixada no mínimo legal, não é possível estabelecer a pena intermediária aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231/STJ. Destarte, deve a pena definitiva do paciente ser fixada no mínimo legal.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para reduzir a pena final do paciente para 5 anos de reclusão.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Para analisar o capítulo relativo à preponderância da agravante de reincidência em relação à atenuante da menoridade, faz-se necessário expor excerto da sentença condenatória:

"Na segunda fase, correto se mostra o aumento na fração de 1/6 (um sexto),

pela presença da agravante da reincidência (fls. 109). Note-se que a agravante da reincidência (específica, no caso) prepondera sobre a atenuante da menoridade do réu (fls. 18), não sendo possível compensá-las, consoante o teor do art. 67 do Código Penal, que tem redação própria nesse sentido, servindo de orientação a ser seguida pelo aplicador da lei." (e-STJ, fl. 40)

A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *writ*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Conforme o entendimento consolidado desta Corte, a atenuante da menoridade é sempre considerada preponderante em relação às demais agravantes de caráter subjetivo e também em relação às de caráter objetivo. Essa conclusão decorre da interpretação acerca do art. 67 do Código Penal, que estabelece a escala de preponderância entres as circunstâncias a serem valoradas na segunda etapa do modelo trifásico. Dentro dessa sistemática, a menoridade relativa, assim como a senilidade, possuem maior grau de preponderância em relação àquelas igualmente preponderantes, decorrentes dos motivos determinantes do crime e reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal, e, *a fortiori*, em relação às circunstâncias objetivas.

Nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. DISSENSO PRETORIANO. SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. DIVERGÊNCIA NÃO CONFIGURADA. DOSIMETRIA. ATENUANTE. MENORIDADE. CONCURSO. DUAS AGRAVANTES. DIMINUIÇÃO DA PENA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEGUNDA FASE. OBRIGATORIEDADE. INEXISTÊNCIA. VERIFICAÇÃO. CASO CONCRETO. NECESSIDADE.

1. Ausente a similitude fática entre as hipóteses que dão suporte aos acórdãos recorrido e paradigma, não se caracteriza a divergência jurisprudencial.

2. É cediço que a atenuante da menoridade é preponderante. Entretanto, isso não significa que, em todas as situações em que estiver presente, obrigatoriamente, deverá haver a atenuação da pena na segunda fase da dosimetria da pena.

3. Na hipótese em que a atenuante da menoridade concorrer com apenas uma agravante, necessariamente deverá haver a diminuição da reprimenda na segunda fase da dosimetria ou ao menos a compensação, como no caso da reincidência. Contudo, quando, além da menoridade, houver duas ou mais agravantes, deverá o julgador avaliar, a partir das circunstâncias concretas do caso sob análise, se a aludida atenuante tem ou não a força de sobrepujar as agravantes que estão em maior número, em atendimento à regra do art. 67 do Código Penal.

4. Na situação concreta, as instâncias ordinárias, a partir da análise dos elementos dos autos, entenderam que, no concurso entre a atenuante da menoridade e as agravantes de o crime ter sido praticado mediante dissimulação e contra crianças, preponderavam as duas últimas, devendo haver o aumento da reprimenda. Para rever a conclusão, seria necessário o reexame do acervo fático dos autos, providência inviável em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido". (REsp 1285055/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/6/2014, DJe 4/8/2014).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE AGENTES. 1. DOSIMETRIA DA PENA. MATÉRIA A SER TRATADA EM VIA RECURSAL PRÓPRIA. ORDEM NÃO CONHECIDA. 2. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O recurso especial é o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do *habeas corpus*, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

2. Nos termos da pacífica jurisprudência do Tribunal Superior de Justiça, a atenuante do artigo 65, inciso I, do Código Penal deve prevalecer sobre todas as outras, inclusive sobre a agravante da reincidência, a teor do contido no artigo 67 do mesmo diploma.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, compensando a atenuante da menoridade com a agravante da reincidência, restabelecer a pena imposta na sentença condenatória." (HC 188.052/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 1/2/2012, grifou-se).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A aplicação de circunstâncias atenuantes ou agravantes, isoladamente, enseja a incidência da fração paradigma de 1/6 (um sexto) para o devido ajuste da pena na segunda fase. Entrementes, no concurso entre atenuantes e agravantes, observada a escala de preponderância (CP, art. 67), aquela que estiver melhor graduada sobressair-se-á, contudo, com força de atuação reduzida, haja vista a inevitável força de resistência oriunda da circunstância em sentido contrário. Portanto, mostra-se proporcional, nesses casos, o patamar ideal de 1/12 (um doze avos) para valoração da atenuante ou agravante preponderante, ressalvada sempre a possibilidade de adequação ao caso concreto nessa estipulação.

In concreto, a menoridade relativa deve prevalecer de forma ordinária sobre a agravante subjetiva da reincidência, o que culminaria no proporcional e equânime abrandamento de 1/12 (um doze avos). Contudo, como a pena-base foi fixada no mínimo legal, não é possível estabelecer a pena intermediária aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231/STJ. Destarte, deve a pena definitiva do paciente ser fixada no mínimo legal.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem de ofício, apenas para reduzir a pena final do paciente para 5 anos de reclusão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0061936-7

HC 441.341 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002195620178260571 20180000052783 2195620178260571 9052017

EM MESA

JULGADO: 22/05/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IUSCIA DUTRA BARBOZA - RS082003
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SAMUEL ALAN ALVES DE ARRUDA (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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.