



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 417.136 - SP (2017/0241939-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : NERY WILFRIDO MARTINEZ

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. INTERESSE DA DEFESA QUE SURTIU APENAS APÓS O JULGAMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES. TRIBUNAL QUE NÃO RECONHECEU A ATENUANTE EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PARA TAL FIM. ATENUANTE EVIDENCIADA. PENA REDUZIDA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

– No tocante à dosimetria da pena, sabe-se que a sua revisão, na via do *habeas corpus*, é possível somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

– Apontando os autos que o paciente era, à época do delito, menor de 21 anos, incide a atenuante descrita no art. 65, I, do CP, de modo que a pena deve ser reduzida na usual fração de 1/6. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para reduzir a pena aplicada ao paciente para 4 anos e 18 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 417.136 - SP (2017/0241939-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : NERY WILFRIDO MARTINEZ

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de NERY WILFRIDO MARTINEZ contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (EDcl nos Embargos Infringentes n. 0003639-63.2011.4.03.6000/MS).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 3 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e multa, com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, incidente a minorante constante do § 4º do mesmo artigo e a majorante do art. 40, inciso I, do mesmo estatuto (fls. 15/35).

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, o qual foi provido, por maioria de votos, para exasperar a pena-base em maior extensão e reduzir a fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, razão pela qual a pena do paciente foi redimensionada para 6 anos e 27 dias de reclusão e multa, além de fixar o regime inicial fechado, cassada a substituição (fls. 36/52). Segue a ementa do acórdão:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE. MACONHA. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVADAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. "MULAS" DO TRÁFICO. BENESSE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. DIMINUIÇÃO DO PATAMAR FIXADO EM PRIMEIRO GRAU. REGIME FECHADO. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. APELO MINISTERIAL PROVIDO.

1. Materialidade e autoria comprovadas.

2. Dosimetria da pena. Pena-base majorada com fundamento no art. 42 da Lei nº 11.343/06. Precedentes dos Tribunais Superiores.

3. Causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 inaplicável em caso envolvendo as chamadas "mulas", as quais desenvolvem atividade essencial na estrutura organizacional,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

levando o tóxico do território nacional para ser entregue a integrante da associação criminosa no exterior. Benesse incompatível com a repressão à narcotraficância.

4. No caso dos autos há elementos que permitem concluir que os réus integravam organização criminosa. Interrogados na fase policial e judicial, os acusados confirmaram terem sido contratados por um paraguaio para receber uma "partida de droga" oriunda do Paraguai. Na instrução processual restou apurado que Benito trabalhava na empresa paraguaia de ônibus "Cometa del Paraguai", localizada em Campo Grande/SP, sendo o responsável por armazenar a droga trazida do Paraguai por um dos ônibus da empresa. O corréu Mateus veio do Acre para buscar a droga, sendo que Nery havia sido contratado pelo paraguaio para levar Mateus até onde estava a droga, a garagem da empresa de ônibus, local em que foram surpreendidos pela polícia.

5. Portanto, os réus não fazem jus à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/2006. Porém, tendo em vista que o recurso da acusação se limita a redução do patamar da causa de diminuição e em observância ao princípio tantum devolutum quantum appellatum, fica mantida a causa de diminuição de pena do artigo 33, §4º da Lei 11.343/2006 ao réu, porém no patamar de 1/6 (um sexto), dada as circunstâncias fáticas, o crime ter sido praticado por vários agentes, a expressiva quantidade da droga apreendida (53,713 kg de maconha), além da nocividade da droga, com potencial alcance a um elevado numero de pessoas.

6. Fixado regime inicial fechado de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

7. Incabível, in casu, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto não preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos do art. 44 do Código Penal.

8. Apelação provida.

Em virtude do julgamento não unânime, a defesa opôs embargos infringentes, os quais foram parcialmente conhecidos e, nesta extensão, acolhidos, para restabelecer o patamar de redução da pena fixado na sentença para a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, motivo pelo qual a pena do paciente foi redimensionada para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e multa, além da alteração do regime prisional para inicial semiaberto (fls. 53/64). Segue a respectiva ementa:

PROCESSUAL PENAL. PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO §4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. REGIME INICIAL. SUBSTITUIÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 1. Nos termos do artigo 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, os embargos infringentes e de nulidade são restritos à matéria objeto de divergência.*
- 2. A natureza e a quantidade da droga apreendida são circunstâncias que devem ser consideradas na primeira fase da dosimetria da pena.*
- 3. Para a fixação do regime prisional, devem ser observados os seguintes fatores: modalidade de pena de privativa de liberdade; quantidade de pena aplicada; caracterização ou não da reincidência e circunstâncias do artigo 59 do Código Penal.*
- 4. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito diante da quantidade da pena concretamente aplicada, a teor do disposto no inciso I do artigo 44 do Código Penal.*
- 5. Embargos infringentes conhecidos em parte e, na parte conhecida, acolhidos em parte.*

Os embargos de declaração opostos, indicando omissão ante a não aplicação da atenuante da menoridade relativa, foram rejeitados (fls. 65/71), em acórdão assim ementado:

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. REFORMA DO JULGADO. VIA INADEQUADA. PREQUESTIONAMENTO.

- 1. Embargos de declaração opostos com fundamento em erro de julgamento e com vistas à modificação do sentido da decisão devem ser rejeitados.*
- 2. Os embargos declaratórios para fins de prequestionamento têm como pressuposto de admissibilidade demonstração da ocorrência de uma das hipóteses previstas nos incisos do artigo 619 do Código de Processo Penal.*
- 3. Embargos de declaração rejeitados.*

No presente *mandamus* (fls. 1/13), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois não atenuou a pena em virtude da menoridade relativa. Afirma que o paciente possuía 19 anos de idade na data do crime, questão incontroversa nos autos, sendo que o interesse em ver reconhecida referida circunstância somente surgiu no julgamento do recurso de apelação, revisto em embargos infringentes. Nesse contexto, considerando que a Corte local exasperou a pena-base em maior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extensão, apenas nesse momento surgiu o interesse do paciente em ver aplicada a atenuante, de forma que a omissão da Corte Regional em aplicá-la configura constrangimento ilegal passível de pronto reparo.

Ao final, formula pedido liminar para que a atenuante da menoridade relativa seja aplicada ou, subsidiariamente, que a execução provisória da pena seja obstada. No mérito, pede a redução da pena do paciente, mediante a incidência da atenuante da menoridade relativa.

Pedido liminar indeferido (fls. 78/82).

Informações prestadas às fls. 87/162.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão *ex officio* da ordem (fls. 165/169).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 417.136 - SP (2017/0241939-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014; STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca-se a redução da pena aplicada, mediante o reconhecimento da atenuante da menoridade relativa.

Como é cediço, no tocante à dosimetria da pena, sabe-se que a sua revisão, na via do *habeas corpus*, é possível somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

Na espécie, observa-se que, em primeira instância, o sentenciante fixou a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base em 6 anos de reclusão e, na segunda fase, diante da confissão, a pena foi reduzida em 1/6, retornando ao mínimo legal de 5 anos de reclusão (fl. 30).

Contudo, por ocasião do julgamento do recurso de apelação, a pena-base foi aumentada para 7 anos e 6 meses de reclusão, que foi mantida no julgamento dos embargos infringentes, de modo que surgiu o interesse defensivo no reconhecimento da atenuante da menoridade relativa, com a consequente redução da pena.

Em decorrência, a defesa opôs embargos declaratórios, os quais, por maioria de votos, foram rejeitados, consoante trecho do voto condutor do acórdão recorrido, que destaco (fls. 70/71):

Note-se que não houve omissão no tocante à atenuante da menoridade de Nery Wilfrido Martinez, sendo que esta questão em momento algum foi ventilada nos autos.

Na verdade, pretende o embargante a reapreciação e a modificação de sentido da decisão para que sua tese seja acolhida, objetivo que escapa às hipóteses de cabimento dos embargos declaratórios.

Baseando-se o embargante no erro de julgamento, especialmente com vistas à modificação do sentido da decisão, deve manejar o instrumento processual adequado, não se prestando os embargos declaratórios à reforma do julgado, nos termos do artigo 619 do Código de Processo Penal.

Por fim, também os embargos declaratórios para fins de prequestionamento têm como pressuposto de admissibilidade a demonstração da ocorrência de qualquer das hipóteses legais, não se fazendo necessária, para interposição de recursos aos Tribunais Superiores, alusão expressa a todos os dispositivos legais mencionados pelas partes, de modo que é suficiente, apenas, que a matéria debatida seja totalmente ventilada no acórdão.

O voto vencido, por sua vez, consignou que (fl. 66):

Divirjo do e. Relator por entender que a circunstância atenuante da menoridade é questão de ordem pública que pode - e deve - ser reconhecida, de ofício, em qualquer momento e grau de jurisdição.

No caso, o réu Nery Wilfrido Martinez era, à época dos fatos, menor de 21 anos, tendo nascido em 15/09/1991 (fls. 41 e ss), circunstância que não foi reconhecida pela sentença, tampouco por esta Eg. Corte Regional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É fato que, realizada a dosimetria da pena pelo magistrado "a quo", a redução da pena em 1/6, em virtude de eventual incidência da circunstância atenuante da confissão, resultaria na pena intermediária no patamar mínimo, de sorte que, a aplicação da referida atenuante encontraria óbice prático na Súmula 231 do STJ. É dizer, o não reconhecimento da circunstância atenuante da menoridade, naquela ocasião, não causou prejuízo ao réu que, não se insurgiu no ponto.

Entretanto, com o provimento do recurso ministerial para majorar a pena-base, o v. acórdão não poderia ter deixado de aplicar referida circunstância atenuante, que é de aplicação obrigatória, observada a Súmula 231 do C. STJ.

Da leitura dos excertos acima transcritos, observa-se que o constrangimento ilegal encontra-se evidenciado. Isto porque, apontando os autos que o paciente era, à época do delito, menor de 21 anos, incide a atenuante descrita no art. 65, I, do CP, de modo que a pena deve ser reduzida na usual fração de 1/6.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. CRIME PRATICADO MEDIANTE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. ÓBICE À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO CONCRETA DECLINADA. AUMENTO EXCESSIVO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA 545/STJ. REDUÇÃO DA PENA AO PISO LEGAL. SÚMULA 231/STJ. DOSIMETRIA REVISTA. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

6. O Julgador de 1º grau olvidou-se de reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, ainda que a manifestação do réu tenha corroborado para a formação do juízo condenatório, tendo apenas reduzido a pena pela menoridade relativa. Assim, com a incidência da segunda atenuante, deve a pena ser reconduzida ao piso legal, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão, diante do óbice da Súmula 231/STJ.

7. Mantida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Estatuto Repressor, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta ao réu. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de estabelecer a pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais de 13 (treze) dias-multa, mantendo-se, no mais, o teor do decreto condenatório. (HC 395.469/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 28/06/2017) - grifei.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTES DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E DA MENORIDADE. REDUÇÃO EM PATAMAR INFERIOR AO MÍNIMO. AUSENTE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. BIS IN IDEM. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. PEDIDOS PREJUDICADOS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros da legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

3. É manifestamente ilegal a aplicação do índice de redução em patamar inferior a 1/6, pela presença das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade, sem a indicação de motivação concreta e idônea. Precedentes.

(...)

6. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que o Juízo da execução proceda a nova dosimetria da pena, a fim de afastar o bis in idem identificado e para que indique, de forma fundamentada, o índice de redução da pena, pela incidência da atenuante de menoridade e da confissão espontânea, devendo, por conseguinte, verificar o regime prisional adequado, nos termos do art. 33 do CP, bem como a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. (HC 363.694/RO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017) - grifei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com essas considerações, mantidos os demais parâmetros de fixação da pena escolhidos pelo acórdão recorrido, reduzo as penas do paciente para 4 anos e 18 dias de reclusão e 403 dias-multa.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio**, para reduzir as penas do paciente para 4 anos e 18 dias de reclusão e 403 dias-multa, mantida, no mais, a condenação.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0241939-7

HC 417.136 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00036396320114036000 201160000036398 36396320114036000

EM MESA

JULGADO: 23/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

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 DA UNIÃO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	: NERY WILFRIDO MARTINEZ
CORRÉU	: LUCAS SOARES DA SILVA
CORRÉU	: MATEUS DA SILVA DANTAS
CORRÉU	: BENTO VALENTIM VERA

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 Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi.