



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 369.937 - SC (2016/0233153-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
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 : ADILSON MOREIRA RODRIGUES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA. CONFISSÃO DO RÉU. MENORIDADE RELATIVA. ATENUANTES. COMPENSAÇÃO COM A MAJORANTE. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS EXAMINADAS EM SEPARADO NA DOSIMETRIA DA PENA. SISTEMA TRIFÁSICO. ART. 68 DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* 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. Não é possível compensar uma das atenuantes – confissão espontânea ou menoridade relativa – com a majorante do emprego de arma, uma vez tratar-se de circunstâncias examinadas em momentos diversos na dosimetria da pena, conforme o sistema trifásico, adotado em nosso ordenamento jurídico no art. 68 do Código Penal. Precedentes.

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), 25 de outubro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 369.937 - SC (2016/0233153-7)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
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 : ADILSON MOREIRA RODRIGUES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de ADILSON MOREIRA RODRIGUES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação Criminal n. 0003631-78.2016.8.24.0023).

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, inicialmente no regime semiaberto, mais o pagamento de 13 dias-multa, como incurso no art. 157, § 2º, I, do Código Penal (roubo majorado pelo emprego de arma).

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso, em julgamento assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA (CP, ART. 157, § 2º, INC. I). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO.

1. EMPREGO DE ARMA BRANCA. APREENSÃO. PROVA TESTEMUNHAL. BIS IN IDEM. 2. COMPENSAÇÃO DE ATENUANTE COM CAUSA DE AUMENTO DE PENA. PREVISÃO LEGAL. CRITÉRIO TRIFÁSICO.

1. Mesmo que a faca usada não tenha sido apreendida, é possível o reconhecimento da circunstanciadora do emprego de arma no crime de roubo se a prova testemunhal comprova o seu uso pelo agente, não configurando bis in idem a utilização dessa circunstância, simultaneamente, para tipificar o delito e para aumentar a pena.

2. É inviável a compensação das atenuantes de confissão espontânea e menoridade penal relativa, incidentes na segunda fase, com a causa de aumento pelo emprego de arma considerada na terceira etapa, por ausência de amparo legal e por violação ao critério trifásico da dosimetria da pena.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (fl. 187).

No presente *writ*, a Defensoria Pública sustenta ser possível conciliar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

respeito à pena mínima (decisão do legislador) com o respeito à individualização da pena (decisão do constituinte) compensando uma das atenuantes com a majorante do emprego de arma (fl. 5).

Requer, assim, a reforma da dosimetria.

Indeferido o pedido liminar e dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do pedido e, subsidiariamente, pela denegação da ordem, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CONHECIMENTO. PLEITO DE COMPENSAÇÃO DAS ATENUANTES DA MENORIDADE PENAL E DA CONFISSÃO COM A MAJORANTE DO ROUBO. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT, CASO SEJA CONHECIDO, PELA DE NEGAÇÃO DA ORDEM (fl. 237).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 369.937 - SC (2016/0233153-7)

VOTO

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

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.

Busca-se a revisão da dosimetria da pena, imposta pelo Magistrado processante nestes termos:

Ao analisar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, observo que a culpabilidade do réu é normal, sendo-lhe exigida conduta diversa.

O réu não possui maus antecedentes (fls. 02 e 46).

Sobre a personalidade do agente e sua conduta social, não há elementos suficientes nos autos para aferi-las.

Os motivos do crime foram normais à espécie, surgem do anseio de obter lucro fácil em prejuízo de outrem.

As circunstâncias e as conseqüências não fugiram à normalidade.

O comportamento das vítimas, de modo algum contribuiu para o cometimento do delito.

Diante das circunstâncias judiciais apreciadas, aplico ao acusado a pena de 04 (quatro) anos de reclusão, e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, não há agravantes a serem consideradas. Porém, estão presentes as atenuantes de confissão espontânea (art. 65, inciso III, 'd', do Código Penal), e de menoridade relativa (art. 65, I, CP), as quais deixo de considerar, a teor da Súmula n. 231 do STJ⁵, razão pela qual mantenho a reprimenda aplicada na fase anterior.

Na terceira fase, presente a causa especial de aumento de pena referente ao emprego de arma (art. 157, §2º, I, CP), majoro a reprimenda em 1/3 (um terço). Ausentes quaisquer causas de diminuição de pena, fixo-a, definitivamente, em 05 (anos) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a denúncia para, em conseqüência, CONDENAR o acusado Adilson Moreira Rodrigues ao cumprimento da pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, bem como ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, por infração ao art. 157, §2º, I, c/c art. 65, incisos I e III, "d", ambos do Código Penal.

Estabeleço o valor de cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Fixo o regime semiaberto para o início da pena imposta, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

teor do art. 33, §2º, 'b' do CP (fls. 119/120).

O Tribunal de piso manteve a decisão monocrática, consignando:

2. Quanto à dosimetria, a pena-base foi fixada no mínimo legal (4 anos de reclusão e 10 dias-multa).

Na segunda etapa, embora reconhecidas duas atenuantes (confissão espontânea e menoridade penal relativa), a sanção permaneceu no mesmo patamar em obediência à Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça ("a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal").

Por último, diante da presença da majorante relativa ao emprego de arma, a reprimenda foi elevada em 1/3 e definitivamente estabelecida em 5 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente semiaberto, além de 13 dias-multa, arbitrados no importe mínimo legal.

O Apelante pretende a revisão desse cálculo, postulando a incidência das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade penal relativa somente após a consideração da causa de aumento do uso de arma. Com isso, no seu entender, torna-se possível "conciliar o respeito à pena mínima (decisão do legislador) com o respeito à individualização da pena (decisão do constituinte)" (fl. 136).

Data venia, o pedido não encontra amparo legal.

Dispõe o art. 68 do Código Penal que "a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento".

Verifica-se que o legislador, adotando o critério trifásico de Nelson Hungria, foi muito claro ao separar as três etapas que o Magistrado deve percorrer no momento de dosar a pena, estipulando uma seqüência a ser respeitada (fls. 194/195, sem destaque no original).

Verifico, de plano, a impossibilidade de compensar uma das atenuantes – confissão espontânea ou menoridade relativa – com a majorante do emprego de arma, uma vez tratar-se de circunstâncias examinadas em momentos diversos na dosimetria da pena. O sistema trifásico, adotado em nosso ordenamento jurídico no art. 68 do Código Penal estabelece, *in verbis*:

Cálculo da pena

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mesmo sentido é a jurisprudência desta Corte, conforme julgados de ambas as Turmas que julgam matéria penal:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. 1) AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO USO DE ARMA DE FOGO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA COMUNICÁVEL. 2) **COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A MAJORANTE DO CONCURSO DE PESSOAS. INADMISSIBILIDADE. FASES DISTINTAS DA DOSIMETRIA. 3) PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. 4) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO.**

- 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.

- A análise acerca do afastamento da referida majorante relativa ao emprego da arma de fogo exige o revolvimento de matéria fático-probatória, incompatível com a via estreita do writ. Ademais, por se cuidar de roubo praticado em concurso de pessoas, para que haja a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no inciso I do art. 157 do Código Penal - CP, é prescindível que o paciente esteja em posse da arma, por se tratar de circunstância elementar do tipo penal e, portanto, comunicável, nos termos do art. 30 do Código Penal.

- **Consoante orientação jurisprudencial deste Tribunal de Justiça, por se tratar de circunstâncias analisadas em fases distintas da dosimetria penal, a pretendida compensação entre a circunstância atenuante da confissão espontânea com a majorante do concurso de pessoas fere o sistema trifásico estabelecido no art. 68 do Código Penal. Precedentes.**

- Nos termos do Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". No mesmo sentido são os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF. Ressalva do entendimento deste Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- No caso dos autos, após fixada a pena-base no mínimo legal, pois favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, o regime inicial fechado foi fixado sem fundamentação idônea, ou seja, sem a indicação das circunstâncias judiciais desfavoráveis, previstas no art. 59 do Código Penal.

- Não verificado o preenchimento dos requisitos autorizadores previstos no art. 44 do Código Penal, impossível a substituição da pena corporal por restritivas de direito.

- Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 293.746/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 14/12/2015).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE TRÂNSITO. CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODOS OS FUNDAMENTOS DO DECISUM AGRAVADO. SÚMULA 182/STJ. **COMPENSAÇÃO DE ATENUANTES COM CAUSAS DE AUMENTO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO NÃO CONHECIDO.**

[...]

5. Ainda que assim não fosse, é de se destacar, consoante o disposto no art. 68, caput, do CP, que a aplicação da pena é constituída de três fases distintas: na primeira é fixada a pena-base de acordo com as circunstâncias previstas no art. 59 do mesmo estatuto; na segunda são aplicadas atenuantes ou agravantes, se existentes; e, na terceira, verifica-se a ocorrência de causas especiais de aumento ou diminuição da sanção. Para as duas primeiras fases, deve-se observar os limites mínimo e máximo cominados; somente exsurge a possibilidade de diminuição ou de elevação da pena aquém de seu mínimo legal ou além do máximo quando da terceira etapa da aplicação da reprimenda.

6. No ponto, a pretensão do agravante de se processar a compensação entre atenuante e causa de aumento de pena implica inversão das fases da dosimetria penal, não encontrando, por certo, prosperidade.

7. A propósito: **"Em observância ao critério trifásico estabelecido no art. 68 do Código Penal, as circunstâncias atenuantes não podem ser compensadas com causas de aumento de pena. Precedente."** (HC 261.176/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 6/3/2013)

8. Agravo regimental não conhecido (AgRg no AREsp 437.391/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 2/4/2014)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. **DOSIMETRIA. ATENUANTE E CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBVERSÃO DO SISTEMA TRIFÁSICO DE APLICAÇÃO DA PENA. ANTECEDENTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. HABEAS**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Não é possível compensar circunstância atenuante, cuja análise é feita na segunda fase da dosimetria, com circunstância judicial, analisada na primeira fase, por ofensa ao sistema trifásico, por meio do qual deve ser fixada a pena, nos termos do art. 68 do Código Penal.

2. Há flagrante ilegalidade no caso em que a pena do réu, na primeira fase da dosimetria, foi majorada em quantum equivalente a 1/2 da pena-base do crime, por força da existência de uma única condenação definitiva, valorada a título de Maus antecedentes. Isso porque, via de regra, deve-se respeitar o aumento de 1/6 na apreciação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido. Habeas corpus concedido de ofício, a fim de redimensionar a pena do agravante para 1 ano de reclusão e 10 dias-multa.

(AgRg no REsp 1342526/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 1º/10/2013, DJe 14/10/2013)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0233153-7

HC 369.937 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00036317820168240023 36317820168240023 40018675820168240000

EM MESA

JULGADO: 25/10/2016

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 SANTA CATARINA
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: ADILSON MOREIRA RODRIGUES (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

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.