



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.514 - SC (2016/0321814-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
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 : LUIZ FERNANDO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. **ROUBO**. PRETENDIDA COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DA CONFISSÃO E CAUSA DE AUMENTO DECORRENTE DO CONCURSO DE PESSOAS. IMPOSSIBILIDADE. FASES DISTINTAS. VIOLAÇÃO AO SISTEMA TRIFÁSICO. PRECEDENTES. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO**.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, *"o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita"* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

III - Em observância ao critério trifásico estabelecido no art. 68 do Código Penal, as circunstâncias atenuantes não podem ser compensadas com circunstâncias judiciais desfavoráveis ou causa de aumento de pena.

IV - *"A existência de causa de aumento verificável na terceira fase da dosimetria não permite retorno para a fase anterior para reconhecer atenuantes, sob pena de subversão do sistema trifásico de dosimetria da pena. Súmula 231/STJ"* (REsp n. 1.561.276/BA, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 15/09/2016).

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

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

Brasília (DF), 09 de maio de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.514 - SC (2016/0321814-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, impetrado pela Defensoria Pública em favor de LUIZ FERNANDO DA SILVA contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**, nos autos da Apelação Criminal n. 0001947-29.2015.8.24.0064.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (**cinco**) **anos e 4 (quatro) meses** de reclusão, em regime inicial **semiaberto**, e pagamento de 12 (doze) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, II, do Código Penal.

Irresignada, a defesa do paciente interpôs apelação criminal perante o eg. Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, nos termos do v. acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA DO RÉU LUIZ.

PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE. MATERIALIDADE DO DELITO E AUTORIAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. CONFISSÕES DO RECORRENTE E DOS CORRÉUS EM JUÍZO, SOMADAS ÀS PALAVRAS FIRMES E COERENTES DAS VÍTIMAS. CONFIRMAÇÃO, POR DUAS DELAS, EM JUÍZO, ACERCA DO RECONHECIMENTO DOS RÉUS EFETUADO NA DELEGACIA DE POLÍCIA. DECLARAÇÃO DOS AGENTES ESTATAIS QUE TAMBÉM EVIDENCIAM A RESPONSABILIDADE PENAL DO APELANTE. RES FURTIVA ENCONTRADA NA POSSE DOS AGENTES. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (ART. 156 DO CPP). ELENCO PROBATÓRIO QUE NÃO DEIXA DÚVIDA ACERCA DA PARTICIPAÇÃO DO APELANTE NO CRIME. CONDENAÇÃO MANTIDA.

DOSIMETRIA. PLEITO DE COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A MAJORANTE DO CONCURSO DE AGENTES. INVIABILIDADE. MIGRAÇÃO DA REFERIDA ATENUANTE PARA A TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA QUE SE MOSTRA INVIÁVEL. AFRONTA AO CRITÉRIO TRIFÁSICO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREVISTO NO ART. 68 DO CP. PRECEDENTES.

PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. BENESSE NÃO ANALISADA NA ORIGEM. MATÉRIA QUE COMPETE AO JUÍZO DA CONDENAÇÃO, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APELO NÃO CONHECIDO NO PONTO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. SENTENÇA CONFIRMADA POR ESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP), ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL. MUDANÇA DO TÍTULO DA PRISÃO. PROVIDÊNCIA DETERMINADA DE OFÍCIO" (fls. 443-444).

Daí o presente **writ**, no qual a impetrante alega, em síntese, que o d. Juízo de primeiro grau reconheceu a atenuante da confissão espontânea, contudo, não reduziu a pena porque a pena-base já teria sido fixada no mínimo legal, conforme preconiza a Súmula 231/STJ.

Sustenta que seria "*plenamente possível conciliar o respeito à pena mínima (decisão do legislador) com o respeito à individualização da pena (decisão do constituinte)*". Dito de outra forma: *é possível respeitar a Súmula 231 do STJ e, ao mesmo tempo, não desprezar por completo a atenuante da confissão espontânea em favor do Paciente*" (fl. 4).

Aduz que fixada a pena-base no mínimo legal, a atenuante da confissão ficaria suspensa. Reconhecida a causa de aumento, a pena deixaria o mínimo legal, razão pela qual poderia a atenuante ser aplicada, ainda que intempestivamente, desde que respeitada a pena mínima cominada ao delito.

Ademais, alega que "*Essa operação não encontra nenhuma proibição na legislação penal vigente. Ao contrário, guarda conformidade constitucional, alinhada ao postulado da individualização da pena. A um só tempo, respeita-se a decisão do legislador quanto à pena mínima e a decisão do constituinte quanto à pena justa, proporcional ao fato concreto (incidência da atenuante)*" (fl. 5).

Sustenta ainda que "*não há qualquer empecilho em se retornar à atenuante após a incidência da majorante. O sistema trifásico continua perfeitamente preservado*".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(CP, art. 68). Analisam-se as agravantes e atenuantes na segunda fase e as majorantes e minorantes na terceira fase. Apenas nos casos de as atenuantes (ou agravantes) serem reconhecidas, mas não aplicadas por força da Súmula 231 do STJ, deve-se promover uma nova análise após a terceira fase. Se a pena permanecer estabelecida no mínimo legal, torna-se definitiva, respeitando a decisão do legislador. Mas se a pena suportar um aumento para acima do mínimo legal na terceira fase (como no caso concreto), a atenuante, ante desprezada, deverá incidir, como medida de justiça" (fl. 5).

Por fim, alega que referida tese encontra-se inclusive prevista no art. 84, § 3º, do Anteprojeto do Novo Código Penal, em trâmite no Senado Federal (PLS 236/2012).

Requer, ao final, a concessão da ordem para que seja reconhecida "a incidência da confissão espontânea após a análise da causa de aumento, de modo a reduzir a pena imposta ao Paciente, respeitando-se a pena mínima de 4 anos de reclusão prevista para o delito de roubo" (fl. 8).

Pedido liminar **indeferido** às fls. 463-464.

Informações dispensadas.

O d. representante do Ministério Público Federal, às fls. 473-478, manifestou-se pelo **não conhecimento** do **writ** e, no mérito, pela **denegação** da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.514 - SC (2016/0321814-7)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. **ROUBO**. PRETENDIDA COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DA CONFISSÃO E CAUSA DE AUMENTO DECORRENTE DO CONCURSO DE PESSOAS. IMPOSSIBILIDADE. FASES DISTINTAS. VIOLAÇÃO AO SISTEMA TRIFÁSICO. PRECEDENTES. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, *"o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita"* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

III - Em observância ao critério trifásico estabelecido no art. 68 do Código Penal, as circunstâncias atenuantes não podem ser compensadas com circunstâncias judiciais desfavoráveis ou causa de aumento de pena.

IV - *"A existência de causa de aumento verificável na terceira fase da dosimetria não permite retorno para a fase anterior para reconhecer atenuantes, sob pena de subversão do*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*sistema trifásico de dosimetria da pena. Súmula 231/STJ" (REsp n. 1.561.276/BA, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 15/09/2016).*

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre registrar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, "*o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita*" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

Pretende a Defensoria Pública, em síntese, que seja compensada a atenuante da confissão espontânea com a causa de aumento decorrente do concurso de pessoas, o que não acarretaria violação ao sistema trifásico ou à Súmula 231/STJ.

Razão não assiste à impetrante.

Em observância ao critério trifásico estabelecido no art. 68 do Código Penal, as circunstâncias atenuantes não podem ser compensadas com circunstâncias judiciais desfavoráveis ou causa de aumento de pena.

A pretendida compensação entre a atenuante da confissão e a majorante do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concurso de pessoas é indevida, conforme inteligência do art. 68 do Código Penal, tendo em vista que tais institutos jurídicos são valorados em fases distintas da dosimetria.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 7 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO. DOSIMETRIA. ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231/STJ. APLICAÇÃO DA ATENUANTE APÓS A TERCEIRA ETAPA. INVIABILIDADE. ORDEM DE FIXAÇÃO DA PENA EXPRESSAMENTE PREVISTA NO ART. 68 DO CP. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Consoante a Súmula n. 231 deste Sodalício, não é possível a redução da reprimenda, na segunda fase do dosimetria, em patamar inferior ao mínimo previsto legalmente.

- Estabelecendo o art. 68 do Código Penal que as atenuantes e as agravantes devem incidir após a escolha da sanção inicial e antes das causas de aumento e de diminuição, inviável a aplicação da atenuante da menoridade, na terceira etapa da dosimetria, após a incidência da majorante do emprego de arma no delito de roubo.

[...]

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 387.033/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 5/4/2017 - grifo nosso).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS PELO COLEGIADO A QUO. IMPOSSIBILIDADE DE INOVAÇÃO DO PLEITO DEFENSIVO. TESE NÃO ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM. ÓBICE AO EXAME DA MATÉRIA POR ESTE TRIBUNAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA/STJ 231. PENA BASE NO PISO LEGAL. COMPENSAÇÃO DE ATENUANTE COM MAJORANTE VEDADA. DEVIDA OBSERVÂNCIA AO CRITÉRIO TRIFÁSICO. ART. 68 DO CP. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Hipótese na qual o pleito de aplicação da atenuante da confissão espontânea após a terceira fase da dosimetria da pena não foi deduzido nas razões do apelo, tendo a defesa inovado os fundamentos recursais ao opor embargos de declaração. Por certo, considerando que a omissão apontada nos aclaratórios refere-se à tese defensiva não ventilada nos aclaratórios, não se infere arbitrariedade no acórdão que lhe negou trânsito por suposta violação do art. 619 do CPP. Mais: tendo em vista se tratar de tema não analisado pelo Colegiado a quo, o seu exame por este Tribunal configuraria indevida supressão de instância.

3. De mais a mais, nos moldes do entendimento consolidado na Súmula/STJ 231, "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

4. Conforme o disposto no art. 68 do Código Penal, "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".

5. A vindicada compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a majorante do emprego de arma implicaria subversão do critério trifásico estabelecido pela legislação penal, pois tais circunstâncias devem ser sopesadas em etapas distintas da individualização da pena. Precedentes.

6. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 377.744/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 15/3/2017 - grifo nosso).

"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.

[...]

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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" (HC n. 369.937/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 7/11/2016 - grifo nosso).*

*"RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ART. 312 DO CTB. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. ART. 16 DO CP. REPARAÇÃO DO DANO. APLICÁVEL APENAS NOS CRIMES PATRIMONIAIS. PLEITO SUBSIDIÁRIO. **RECONHECIMENTO DE ATENUANTE. ART. 65, III, B, DO CP. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. SÚMULA 231/STJ.***

[...]

4. A existência de causa de aumento verificável na terceira fase da dosimetria não permite retorno para a fase anterior para reconhecer atenuantes, sob pena de subversão do sistema trifásico de dosimetria da pena. Súmula 231/STJ.

*5. Recurso especial improvido, com determinação de imediato início de cumprimento da pena, vencidos, apenas quanto à execução provisória da pena, o Relator e a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura" (REsp n. 1.561.276/BA, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 15/9/2016 - grifo nosso).*

Ante o exposto, **não conheço** do **habeas corpus**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0321814-7

HC 381.514 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00019472920158240064 19472920158240064 20150239009

EM MESA

JULGADO: 09/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

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	: LUIZ FERNANDO DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: ELIZEU NASCIMENTO SANTOS
CORRÉU	: IGOR MATOS MONTEIRO

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.