



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.847 - SC (2015/0122390-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
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 : GUSTAVO MAURICIO (PRESO)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 33, *CAPUT*, E ART. 35 E ART. 40, III, TODOS DA LEI N.º 11.343/06. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. APELAÇÃO. MOTIVAÇÃO. AUSÊNCIA. NULIDADE. RECONHECIMENTO. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Requisito de legitimação, o dever de motivação das decisões judiciais possibilita, numa perspectiva interna do processo, o exercício do direito de se recorrer, e, em uma ótica externa, lastreia a fiscalização da atuação do Estado-juiz, que deverá demonstrar o seu convencimento de maneira fundamentada. Na espécie, além da ausência do tratamento dos termos das razões recursais, lacônico, o aresto guerreado simplesmente transcreveu o parecer ministerial, sem empolgar a imprescindível dialeticidade, traço identificador da atividade judicante. Notabiliza-se que o aresto impugnado arrimou-se pura e simplesmente no parecer ministerial, não sendo o presente caso daqueles em que há menção a uma peça referencial juntamente com a exposição do entendimento do órgão julgador, que afinal não é o Ministério Público.

3. *Habeas corpus* não conhecido, **ordem concedida, de ofício**, para reconhecer nulo o acórdão proferido nos autos da Apelação n.º 2014.054262-8, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que deverá ser refeito, com a apreciação das teses defensivas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, concedendo, contudo, por maioria, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora quanto ao não conhecimento da ordem.

Brasília, 17 de março de 2016(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.847 - SC (2015/0122390-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
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 : GUSTAVO MAURICIO (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de GUSTAVO MAURICIO, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação n.º 2014.054262-8).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 4 (quatro) anos, 7 (sete) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, pela prática do delito previsto no artigo 157, § 2.º, I e II do CP, c/c artigos 14, II, 61, I e 65, III, 'd', todos do CP, *verbis* (fls. 189-191):

Réu GUSTAVO MAURÍCIO: Da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, primeira fase da dosimetria da pena, tem-se que: a culpabilidade, maior de 18 anos, mentalmente são e logo imputável, sabia que atuava contrariamente ao direito, daí a total censurabilidade de suas conduta. Também em um Juízo de reprovabilidade da ação à luz de características pessoais como profissão e renda média e grau de instrução formal, tenho que se revela em grau mediano, inviável para qualquer alteração na pena base. O acusado não possui antecedentes criminais, posto que inobservada condenação com trânsito em julgado senão aquela que será analisada na segunda fase da dosimetria. Não há nos autos suficientes elementos para análise da personalidade ou conduta social. Os motivos do crime não foram esclarecidos, podendo se presumir o lucro ilícito, que é inerente ao tipo penal. As circunstâncias do crime se revelaram aumentadas, à medida em que inúmeras pessoas permaneceram sob mira de armas de fogo em plena luz do dia, em estabelecimento comercial aberto ao público, incidindo ainda violência real contra uma das vítimas que restou covardemente agredida. As consequências do delito - ressaltada a inexistência de consumação, o que terá análise na terceira fase de dosimetria, foram inerentes ao tipo penal. O comportamento das vítimas em nada contribuiu para o resultado. Dessa forma, fixa-se a pena-base pouco acima do mínimo legalmente cominado, em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e o pagamento de 11 (onze) dias-multa, cada qual em patamar mínimo de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigido quando do efetivo pagamento. Na segunda fase da dosimetria, reconhece-se a agravante da reincidência (fl. 55), ao que acresce à pena de reclusão 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão. Reconhece o juízo a atenuante da confissão espontânea que, embora parcial por não admitir participação delitiva do corréu por tal motivo não poderá ser desconsiderada. De qualquer forma, observa-se parcialidade na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confissão em inadmitir o acusado a agressão física à vítima Oswaldo, razão pela qual a redução por tal atenuante se dará em 04 (quatro) meses e 20 (vinte dias). Inalterada a pena de multa. Finalmente, na terceira fase, observa-se a presença de duas causas especiais de aumento de pena. Não bastasse o temor que as vítimas possuíam com a presença de duas pessoas a tomar de assalto o local onde se encontravam, uma delas inclusive permitindo rápida fuga de motocicleta, tal fora feito com a utilização de duas armas de fogo, o que fez aumentar ainda mais - e além da existência do concurso de agentes - o risco e temor das vítimas, daí porque entende este juízo que o aumento previsto no § 2º do artigo 157 do Código Penal deverá se dar à razão de 3/8. O *iter criminis* percorrido se deu quase à exaustão, ingressando os acusados no estabelecimento vítima, tomando para si a *res furtiva*, agredindo uma das vítimas e empreendendo fuga, localizados minutos após com as armas utilizadas, daí porque entende este juízo que a diminuição da pena deve se dar em grau mínimo previsto no artigo 14, § único do Código Penal e, assim, torna-se definitiva a pena neste grau de jurisdição em 04 (quatro) anos, 07 (sete) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e o pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada qual em patamar mínimo de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigido quando do efetivo pagamento. A pena deverá ser cumprida em regime inicialmente fechado, dada análise conjunta dos artigos 33 e 59 do Código Penal, observando-se pena superior a quatro anos de reclusão, circunstâncias judiciais desfavoráveis e o reconhecimento da reincidência. Deixo de aplicar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ou de conceder a suspensão condicional da pena, visto que ausentes os requisitos legais, em especial a elevada pena e o cometimento de crime com violência e grave ameaça a pessoa.

(...)

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE a denúncia, para:
1) CONDENAR o acusado Gustavo Maurício, qualificado nos autos, ao cumprimento pena em 04 (quatro) anos, 07 (sete) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão em regime inicialmente fechado e o pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada qual em patamar mínimo de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigido quando do efetivo pagamento, por infração à norma do artigo 157, §2º, I e II do CP, c/c artigos 14, II, 61, I e 65, III 'd', todos do CP.

Não se conformando com os termos da sentença, a defesa apelou, sendo negado provimento ao recurso, em acórdão assim fundamentado (fls. 251-257):

Trata-se de recurso de apelação contra decisão que julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando o apelante Gustavo Maurício às sanções previstas no art. 157, §2º, incisos I e II, c/c arts. 14, II, 61, I e 65, III, todos Código Penal.

O recurso deve ser conhecido, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Todavia, no mérito, o apelo não comporta provimento.

De início, a fim de evitar tautologia, adotam-se como razões de decidir os bem lançados argumentos do Ilustre Procurador de Justiça, Dr. Rui Arno Richter que, em sua manifestação no segundo grau de jurisdição, abordou de forma irretocável a casuística e todas as teses



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

levantadas no recurso, de onde se extrai, *verbis* (fls. 203-237):

Alega o apelante, em breve resumo, a fixação da pena base no mínimo legal, pela inviabilidade de aumento de pena em razão das circunstâncias do crime. Ademais, requer a compensação entre a atenuante de confissão espontânea e a agravante da reincidência. Ainda, assevera a necessidade de adequação do *quantum* fixado referente ao reconhecimento das causas especiais de aumento de pena. Também pede pela fixação da tentativa em seu patamar máximo. Por fim, pugna pela alteração do regime inicial de fechado para um mais brando (fls. 174/186).

Os argumentos supramencionados não merecem acolhida pelos fatos e fundamentos que se passa a expor.

Inicialmente, em relação ao pedido de fixação da pena base do apelado no mínimo legal, pela impossibilidade de aumento da pena pelas motivos considerados pelo magistrado *a quo*, quais sejam, "as circunstâncias do crime se revelaram aumentadas, à medida em que inúmeras pessoas permaneceram sob a mira de armas de fogo em plena luz do dia, em estabelecimento comercial aberto ao público, incidindo ainda a violência real contra uma das vítimas que restou covardemente agredida" (fl. 160), não merece prosperar o petitório.

A doutrina de Cezar Roberto Bittencourt ensina que:

As circunstâncias referidas no art. 59 não se confundem com as circunstâncias legais relacionadas expressamente no texto codificado (art. 61, 62, 65 e 66 do CP), mas defluem do próprio fato delituoso, tais como a forma e natureza da ação delituosa, os tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes. Não se pode ignorar que determinadas circunstâncias qualificam ou privilegiam o crime ou, de alguma forma, são valoradas em outros dispositivos, ou até mesmo como elementares do crime. Nessas hipóteses, não devem ser avaliadas neste momento, para evitar a dupla valoração (BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 667).

Da análise das razões expostas pelo Juiz para exasperação da pena, constata-se que, sim, de fato, violência e grave ameaça são inerentes ao tipo penal do roubo. Contudo, a forma como agiu o apelante, ou seja, com exacerbação de violência e grave ameaça, transcendendo o esperado para o crime em questão, pela lesão real na vítima Osvaldo Cani, a resposta menos branda não se afigura adequada. Ademais, o crime foi perpetrado contra diversas vítimas e em local de fácil acesso, sendo tais circunstâncias fatores que tornam a ação delituosa ainda mais perigosa. A pluralidade de vítimas indica que foram violados diversos bens jurídicos protegidos pelo tipo, além de que, pelo fato de ação ocorrer em lugar acessível ao público seria mais fácil de lesionar outros indivíduos.

Ressalta-se que não há no Código Penal dispositivos que valoram tais circunstâncias, sendo atribuição do magistrado quantificar motivadamente o aumento da pena-base de acordo com seu juízo discricionário acerca das circunstâncias particulares de cada fato.

Logo, plenamente possível a utilização dos critérios descritos acima como circunstância judicial para fins de majorar a pena, visto que os fatos concretos extrapolaram as circunstâncias judiciais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inerentes ao tipo penal do art. 157 do CP, - que exige tão somente grave ameaça ou violência à pessoa -, tampouco há outra previsão no ordenamento para tais fatos. Ademais, as circunstâncias foram efetivamente fundamentadas na sentença, não havendo motivo para serem desconsideradas.

Assim já decidiu a jurisprudência catarinense:

Não há injustiça ou erro na dosagem da pena-base fixada acima do mínimo se as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal são desfavoráveis. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, devidamente fundamentadas, autoriza a fixação da pena-base acima do mínimo legal. (Apelação Criminal n. 2007.064623-0, de Rio do Sul, Relator: Des. Amaral e Silva, julgada em 16/04/2008)

Quanto ao critério utilizado para o cálculo da circunstância negativa, vislumbra-se que o sentenciante especificou o aumento operado de acordo com a orientação predominante do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em adotar a quantia de 1/6, perfazendo o aumento de 8 (oito) meses.

No que concerne à compensação entre atenuante de confissão espontânea e a agravante da reincidência, embora se admita certa controvérsia acerca do tema pelo Tribunais, em exame ao caso concreto, não assiste razão o apelante no seu argumento.

O artigo 67 do Código Penal estabelece que: No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

O referido dispositivo legal dita que a circunstância agravante da reincidência prepondera sobre a confissão.

Pela lógica prevista no dispositivo, a orientação do Supremo Tribunal Federal é justamente nesse sentido, uma vez que a reincidência exige carga de reprovação maior, às vistas que o agente, apesar de já ter sido condenado por uma infração penal, voltou a reincidir na prática de ilícitos penais.

Neste sentido, traz-se à baila as decisões de ambas as Turmas do STF: :

(...)

Ante o exposto, vota-se por conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento.

Este é o voto.

Em relação à incidência da tentativa em seu patamar de redução máximo, de igual forma, não merece acolhida. De acordo com o que se extrai dos elementos comprobatórios dos autos é evidente que o *iter criminis* quase chegou a consumação. Os acusados ingressaram no estabelecimento, ameaçaram e agrediram o proprietário do local, e levaram a *res furtiva* consigo. Após empreenderem fuga do Posto de Gasolina, os acusados foram localizados poucos minutos depois pela Polícia Militar, com as armas utilizadas no crime.

Neste contexto, resta claro que o delito não se consumou por muito pouco, agindo acertadamente o magistrado em auferir patamar mínimo na redução da pena quando da aplicação da tentativa. Neste entendimento, Rogério Greco aborda o assunto:

O percentual de redução não é meramente opção do julgador, livre



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de qualquer fundamento, Assim, visando trazer critérios que possam ser aferidos no caso concreto, evitando decisões arbitrárias, entende a doutrina que quanto mais próximo o agente chegar à consumação da infração penal, menor será o percentual de redução; ao contrário, quanto mais distante o agente permanecer da consumação do crime, maior será a redução. (GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 260).

Aliás, embora preclusa a matéria por ausência de reclamo do Ministério Público em primeiro grau, a conduta descrita, em verdade, amolda-se mais ao roubo consumado, no qual a posse mansa e pacífica da *res* não se exige, bastando o emprego de violência ou grave ameaça e o apoderamento do objeto, mesmo que por breve período. Porém, em vista do princípio *non reformatio in pejus*, a solução cabível é a manutenção da sentença.

Por fim, quanto ao pedido de cumprimento da pena em regime inicial semiaberto ou aberto, não assiste razão no pleito o apelante.

Constata-se que o regime imposto ao apelante é o adequado à pena que lhe foi imputada, pois, conforme dispõe o art. 33, §3º, do Código Penal: "A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".

Assim, verifica-se que, para a fixação de regime, deve-se seguir não só critério objetivos, como subjetivos da natureza do crime e da pessoa do condenado. *In casu*, o apelante é reincidente, de acordo com a certidão de antecedentes criminais, fator este que impede a concessão de regime mais brando.

Retira-se este entendimento, também, da própria redação das alíneas b e c do §2º do art. 33 do Código Penal, que exige como condição "condenado não reincidente" para a aplicação inicial dos regimes semiaberto e aberto.

(...)

Ante o exposto, vota-se por conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados, em acórdão assim sumariado (fl. 269):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE AMBIGÜIDADE. OBSCURIDADE, OMISSÃO E CONTRADIÇÃO INADMISSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. REQUISITOS DO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NÃO PREENCHIDOS. PRETENSÃO DE INFRINGÊNCIA INACOLHIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO ACOLHIDO.

No presente *mandamus*, sustenta o impetrante, inicialmente, a nulidade do acórdão guerreado, porquanto teria reproduzido o parecer do Procurador de Justiça como razão de decidir, não tecendo nenhuma fundamentação de sua própria autoria para afastar as teses defensivas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Argumenta que houve "verdadeira delegação (inconstitucional) do exercício judicante, uma vez que o Órgão Julgador furtou-se ao dever de julgar, que, à exceção constitucional do Tribunal do Júri, pressupõe sempre e sempre a exposição de fundamentação própria, nos termos do art. 93, IX, da Constituição da República, que impõe ônus argumentativo ao Togado".

Alega que, por consequência, houve também violação à garantia do duplo grau de jurisdição, uma vez que de fato não houve apreciação das teses da defesa pelo órgão jurisdicional superior.

Destaca que, "na segunda fase da dosimetria penal, deverá ser determinada a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão, uma vez que ambas se revestem de caráter preponderante nos termos art. 67 do Código Penal".

Afirma que "o TJSC, no lastro do parecer ministerial, divergiu da jurisprudência do STJ, ao afirmar que a reincidência prepondera sobre a confissão", e, "por conta disso, a reincidência elevou a reprimenda em 9 meses e 10 dias, ao passo que a confissão diminuiu a pena em apenas 4 meses e 20 dias, ultimando-se a reprimenda, na segunda fase da dosimetria, em 5 anos e 20 dias".

Relata que, "na terceira fase, embora reconhecidas duas causas especiais de aumento de pena (emprego de arma e concurso de pessoas), não houve fundamentação concreta e suficiente, para além das razões político-criminais que já justificam sua previsão legal, para exasperar a pena além de 1/3 na segunda fase da dosimetria penal, em flagrante ofensa ao Enunciado 443 da Súmula do STJ".

Requer, liminarmente, sejam suspensos todos os efeitos da condenação do paciente até julgamento do presente *habeas corpus*.

No mérito, pleiteia a declaração de nulidade do acórdão guerreado, determinando-se que proceda a novo julgamento. Subsidiariamente, busca a diminuição da pena na segunda fase da dosimetria, pela compensação entre a reincidência e a confissão e, na terceira fase da dosimetria, pela redução da fração de aumento de 3/8 para 1/3.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 284-290.

As informações foram juntadas às fls. 298-344 e 346-349.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 353-358, da lavra da Subprocuradora-Geral da República Maria Eliane Menezes de Farias, opinando pela concessão da ordem, de ofício, para que seja redimensionada a pena do paciente, nos termos da fundamentação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.847 - SC (2015/0122390-9)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 33, *CAPUT*, E ART. 35 E ART. 40, III, TODOS DA LEI N.º 11.343/06. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. APELAÇÃO. MOTIVAÇÃO. AUSÊNCIA. NULIDADE. RECONHECIMENTO. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Requisito de legitimação, o dever de motivação das decisões judiciais possibilita, numa perspectiva interna do processo, o exercício do direito de se recorrer, e, em uma ótica externa, lastreia a fiscalização da atuação do Estado-juiz, que deverá demonstrar o seu convencimento de maneira fundamentada. Na espécie, além da ausência do tratamento dos termos das razões recursais, lacônico, o aresto guerreado simplesmente transcreveu o parecer ministerial, sem empolgar a imprescindível dialeticidade, traço identificador da atividade judicante. Notabiliza-se que o aresto impugnado arrimou-se pura e simplesmente no parecer ministerial, não sendo o presente caso daqueles em que há menção a uma peça referencial juntamente com a exposição do entendimento do órgão julgador, que afinal não é o Ministério Público.

3. *Habeas corpus* não conhecido, **ordem concedida, de ofício**, para reconhecer nulo o acórdão proferido nos autos da Apelação n.º 2014.054262-8, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que deverá ser refeito, com a apreciação das teses defensivas.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Trata-se de caso emblemático acerca do artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Eis a íntegra do aresto impugnado:

Trata-se de recurso de apelação contra decisão que julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando o apelante Gustavo Maurício às sanções previstas no art. 157, §2º, incisos I e II, c/c arts. 14, II, 61, I e 65, III, todos Código Penal.

O recurso deve ser conhecido, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Todavia, no mérito, o apelo não comporta provimento.

De início, a fim de evitar tautologia, adotam-se como razões de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decidir os bem lançados argumentos do Ilustre Procurador de Justiça, Dr. Rui Arno Richter que, em sua manifestação no segundo grau de jurisdição, abordou de forma irretocável a casuística e todas as teses levantadas no recurso, de onde se extrai, *verbis* (fls. 203-237):

Alega o apelante, em breve resumo, a fixação da pena base no mínimo legal, pela inviabilidade de aumento de pena em razão das circunstâncias do crime. Ademais, requer a compensação entre a atenuante de confissão espontânea e a agravante da reincidência. Ainda, assevera a necessidade de adequação do *quantum* fixado referente ao reconhecimento das causas especiais de aumento de pena. Também pede pela fixação da tentativa em seu patamar máximo. Por fim, pugna pela alteração do regime inicial de fechado para um mais brando (fls. 174/186).

Os argumentos supramencionados não merecem acolhida pelos fatos e fundamentos que se passa a expor.

Inicialmente, em relação ao pedido de fixação da pena base do apelado no mínimo legal, pela impossibilidade de aumento da pena pelas motivos considerados pelo magistrado *a quo*, quais sejam, "as circunstâncias do crime se revelaram aumentadas, à medida em que inúmeras pessoas permaneceram sob a mira de armas de fogo em plena luz do dia, em estabelecimento comercial aberto ao público, incidindo ainda a violência real contra uma das vítimas que restou covardemente agredida" (fl. 160), não merece prosperar o petitório.

A doutrina de Cezar Roberto Bittencourt ensina que:

As circunstâncias referidas no art. 59 não se confundem com as circunstâncias legais relacionadas expressamente no texto codificado (art. 61, 62, 65 e 66 do CP), mas defluem do próprio fato delituoso, tais como a forma e natureza da ação delituosa, os tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes. Não se pode ignorar que determinadas circunstâncias qualificam ou privilegiam o crime ou, de alguma forma, são valoradas em outros dispositivos, ou até mesmo como elementares do crime. Nessas hipóteses, não devem ser avaliadas neste momento, para evitar a dupla valoração (BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 667).

Da análise das razões expostas pelo Juiz para exasperação da pena, constata-se que, sim, de fato, violência e grave ameaça são inerentes ao tipo penal do roubo. Contudo, a forma como agiu o apelante, ou seja, com exacerbação de violência e grave ameaça, transcendendo o esperado para o crime em questão, pela lesão real na vítima Osvaldo Cani, a resposta menos branda não se afigura adequada. Ademais, o crime foi perpetrado contra diversas vítimas e em local de fácil acesso, sendo tais circunstâncias fatores que tornam a ação delituosa ainda mais perigosa. A pluralidade de vítimas indica que foram violados diversos bens jurídicos protegidos pelo tipo, além de que, pelo fato de ação ocorrer em lugar acessível ao público seria mais fácil de lesionar outros indivíduos.

Ressalta-se que não há no Código Penal dispositivos que valoram tais circunstâncias, sendo atribuição do magistrado quantificar motivadamente o aumento da pena-base de acordo com seu juízo discricionário acerca das circunstâncias particulares de cada fato.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Logo, plenamente possível a utilização dos critérios descritos acima como circunstância judicial para fins de majorar a pena, visto que os fatos concretos extrapolaram as circunstâncias judiciais inerentes ao tipo penal do art. 157 do CP, - que exige tão somente grave ameaça ou violência à pessoa -, tampouco há outra previsão no ordenamento para tais fatos. Ademais, as circunstâncias foram efetivamente fundamentadas na sentença, não havendo motivo para serem desconsideradas.

Assim já decidiu a jurisprudência catarinense:

Não há injustiça ou erro na dosagem da pena-base fixada acima do mínimo se as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal são desfavoráveis. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, devidamente fundamentadas, autoriza a fixação da pena-base acima do mínimo legal. (Apelação Criminal n. 2007.064623-0, de Rio do Sul, Relator: Des. Amaral e Silva, julgada em 16/04/2008)

Quanto ao critério utilizado para o cálculo da circunstância negativa, vislumbra-se que o sentenciante especificou o aumento operado de acordo com a orientação predominante do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em adotar a quantia de 1/6, perfazendo o aumento de 8 (oito) meses.

No que concerne à compensação entre atenuante de confissão espontânea e a agravante da reincidência, embora se admita certa controvérsia acerca do tema pelo Tribunais, em exame ao caso concreto, não assiste razão o apelante no seu argumento.

O artigo 67 do Código Penal estabelece que: No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

O referido dispositivo legal dita que a circunstância agravante da reincidência prepondera sobre a confissão.

Pela lógica prevista no dispositivo, a orientação do Supremo Tribunal Federal é justamente nesse sentido, uma vez que a reincidência exige carga de reprovação maior, às vistas que o agente, apesar de já ter sido condenado por uma infração penal, voltou a reincidir na prática de ilícitos penais.

Neste sentido, traz-se à baila as decisões de ambas as Turmas do STF: :

(...)

Ante o exposto, vota-se por conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento.

Este é o voto.

Em relação à incidência da tentativa em seu patamar de redução máximo, de igual forma, não merece acolhida. De acordo com o que se extrai dos elementos comprobatórios dos autos é evidente que o *iter criminis* quase chegou a consumação. Os acusados ingressaram no estabelecimento, ameaçaram e agrediram o proprietário do local, e levaram a *res furtiva* consigo. Após empreenderem fuga do Posto de Gasolina, os acusados foram localizados poucos minutos depois pela Polícia Militar, com as armas utilizadas no crime.

Neste contexto, resta claro que o delito não se consumou por muito pouco, agindo acertadamente o magistrado em auferir patamar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo na redução da pena quando da aplicação da tentativa. Neste entendimento, Rogério Greco aborda o assunto:

O percentual de redução não é meramente opção do julgador, livre de qualquer fundamento, Assim, visando trazer critérios que possam ser aferidos no caso concreto, evitando decisões arbitrárias, entende a doutrina que quanto mais próximo o agente chegar à consumação da infração penal, menor será o percentual de redução; ao contrário, quanto mais distante o agente permanecer da consumação do crime, maior será a redução. (GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 260).

Aliás, embora preclusa a matéria por ausência de reclamo do Ministério Público em primeiro grau, a conduta descrita, em verdade, amolda-se mais ao roubo consumado, no qual a posse mansa e pacífica da *res* não se exige, bastando o emprego de violência ou grave ameaça e o apoderamento do objeto, mesmo que por breve período. Porém, em vista do princípio *non reformatio in pejus*, a solução cabível é a manutenção da sentença.

Por fim, quanto ao pedido de cumprimento da pena em regime inicial semiaberto ou aberto, não assiste razão no pleito o apelante.

Constata-se que o regime imposto ao apelante é o adequado à pena que lhe foi imputada, pois, conforme dispõe o art. 33, §3º, do Código Penal: "A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".

Assim, verifica-se que, para a fixação de regime, deve-se seguir não só critério objetivos, como subjetivos da natureza do crime e da pessoa do condenado. *In casu*, o apelante é reincidente, de acordo com a certidão de antecedentes criminais, fator este que impede a concessão de regime mais brando.

Retira-se este entendimento, também, da própria redação das alíneas b e c do §2º do art. 33 do Código Penal, que exige como condição "condenado não reincidente" para a aplicação inicial dos regimes semiaberto e aberto.

(...)

Ante o exposto, vota-se por conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento.

Requisito de legitimação, o dever de motivação das decisões judiciais possibilita, numa perspectiva interna do processo, o exercício do direito de se recorrer, e, em uma ótica externa, lastreia a fiscalização da atuação do Estado-juiz, que deverá demonstrar o seu convencimento de maneira fundamentada.

Na espécie, além da ausência do tratamento dos termos das razões recursais, lacônico, o aresto guerreado simplesmente transcreveu o parecer ministerial, sem empolgar a imprescindível dialeticidade, traço identificador da atividade judicante.

Notabiliza-se que o aresto impugnado arrimou-se pura e simplesmente no parecer ministerial, não sendo o presente caso daqueles em que há menção a uma peça referencial juntamente com a exposição do entendimento do órgão julgador, que afinal não é o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministério Público.

A propósito, confira-se a seguinte lição de doutrina:

Como define Taruffo, existe motivação *ad relationem* quando sobre um ponto decidido o juiz não elabora uma justificação autônoma *ad hoc*, mas se serve do reenvio à justificação contida em outra decisão.

(...)

De outro lado, também é duvidoso que mediante essa prática seja atendida aquela função essencial de garantia da efetiva e adequada cognição judicial a respeito do tema decidido. Ao adotar integralmente as razões apresentadas para justificar outra decisão proferida em fase distinta do procedimento, e até mesmo por órgão diverso, com frequência o juiz acaba por omitir a inafastável valoração crítica sobre os argumentos a que adere, ou o que é mais grave, deixa de considerar elementos supervenientes que deveriam levar, senão a outra solução, pelo menos à indicação dos motivos pelos quais não devem alterar a conclusão antes adotada.

É o que ocorre, por exemplo, nas situações bastante corriqueiras em que no julgamento de um recurso são simplesmente *adotadas* as razões da decisão recorrida; isso revela que o órgão competente, para decidir sobre a impugnação, na verdade não reapreciou efetivamente, como era devido, o conteúdo da decisão impugnada, diante dos argumentos oferecidos pelo recorrente. O *mínimo* que se exige, nessa hipótese, é a indicação do *porquê* foram confirmadas as razões da decisão reexaminada e não acolhidas as críticas formuladas na impugnação.

(...)

O terceiro requisito diz respeito à *legitimidade* do autor do texto a que se faz referência para justificar a decisão judicial. Como salienta Amodio, não é possível admitir a *relatio* a atos processuais provenientes de sujeitos diversos do juiz ou juízes que tenham tomado parte na deliberação, como ocorre em relação aos pareceres dos peritos, que fornecem máximas de experiência e conclusões que podem ser inseridas no discurso justificativo, mas somente na medida em que o juiz demonstra tê-las valorado criticamente, para depois aplicá-las na formação do seu convencimento.

Quanto a este aspecto, é preciso fazer uma referência destacada ao generalizado costume, sobretudo no juízo criminal, de se adotar como razão de decidir o conteúdo de pronunciamentos do órgão do Ministério Público. Essa prática, além de não atender à apontada exigência de *legitimidade*, transferindo o ônus de motivar a sujeito diverso, também pode comprometer um dos objetivos processuais da motivação, que é assegurar a *imparcialidade* da decisão, pois não é certo que as próprias *razões* do provimento sejam dadas por uma das partes. (GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 199-202).

Registra-se a ementa do HC nº 331.369/SC, de minha relatoria, recentemente julgado pela Sexta Turma, no qual a ordem foi concedida de ofício, por maioria, cujo acórdão ainda está pendente de publicação (julgado em 10.3.2016):

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE OCORRÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, inviável o seu conhecimento.

2. A teor do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, as decisões do Poder Judiciário devem ser motivadas, a ponto de conter o substrato da causa e as particularidades defendidas pelas partes.

3. Na espécie, cingiu-se o Tribunal de origem, ao negar o recurso de apelação da defesa, a adotar e transcrever as contrarrazões do *parquet*, sem qualquer motivação própria acerca dos temas suscitados pela Defesa.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de anular o acórdão impugnado, devendo ser refeito o julgamento da apelação, promovendo-se a fundamentação do *decisum* de modo a enfrentar os argumentos elencados no recurso da defesa.

Em situação idêntica, eis a compreensão desta Corte:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) APELAÇÃO. MOTIVAÇÃO. AUSÊNCIA. NULIDADE. RECONHECIMENTO. ORDEM NÃO CONHECIDA. *HABEAS CORPUS* EXPEDIDO DE OFÍCIO.

1. Tem-se como imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Requisito de legitimação, o dever de motivação das decisões judiciais possibilita, numa perspectiva interna do processo, o exercício do direito de se recorrer, e, em uma ótica externa, lastreia a fiscalização da atuação do Estado-juiz, que deverá demonstrar o seu convencimento de maneira fundamentada. Na espécie, além da ausência do tratamento dos termos das razões recursais, lacônico, o aresto guerreado simplesmente transplantou para a "nova decisão" o norte da sentença e o teor do parecer ministerial, sem empolgar a imprescindível dialeticidade, traço identificador da atividade judicante.

3. Ordem não conhecida, expedido *habeas corpus* de ofício para reconhecer a nulidade do julgamento da apelação, que deverá ser refeito, com a apreciação das teses defensivas (com voto vencido).

(HC 182.004/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 12/12/2014)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. TESE DE NULIDADE DO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA PELO TRIBUNAL A QUO MEDIANTE ADOÇÃO DOS FUNDAMENTOS CONSIGNADOS NA SENTENÇA CONDENATÓRIA E NO PARECER MINISTERIAL. AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO DAS RAZÕES DE DECIDIR ACOLHIDAS. FUNDAMENTAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INSUFICIENTE. NULIDADE CONFIGURADA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

1. Segundo entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, inexistente nulidade na decisão que acolhe, como razão de decidir, os fundamentos da sentença condenatória ou do parecer ministerial, que, devidamente motivados, examinam todas as teses defensivas. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. No caso específico dos autos, contudo, o Tribunal de origem não se desonerou do dever constitucional de fundamentação previsto no art. 93, inciso IX, da Constituição da República, pois se limitou a fazer referência aos argumentos da sentença condenatória e ao parecer ministerial, sem apontar os trechos cuja concordância permitia afastar as alegações defensivas e sem tampouco agregar fundamentos próprios que, ainda que concisos, justificassem o desprovimento do recurso, tornando impossível às partes e à sociedade como um todo avaliar as razões em tese incorporadas à decisão, com notória violação ao princípio do duplo grau de jurisdição. Precedentes desta Corte.

3. Ordem de *habeas corpus* concedida para declarar a nulidade do acórdão impugnado e determinar que se proceda a novo julgamento do recurso, nos termos da fundamentação constante do voto, ficando suspensa a execução das penas aplicadas no caso.

(HC 242.767/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 13/08/2013)

Dessume-se, assim, que o acórdão impugnado afronta ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Dessa forma, tem-se por evidente o constrangimento ilegal.

Por conseguinte, ficam prejudicadas as demais questões relativas à dosimetria ventiladas neste *writ*.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem, de ofício**, para reconhecer nulo o acórdão proferido nos autos da Apelação n.º 2014.054262-8, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que deverá ser refeito, com a apreciação das teses defensivas.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0122390-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 324.847 / SC

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00019634720148240054 054140019638 19634720148240054 20140542628 54140019638

EM MESA

JULGADO: 17/03/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

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	: GUSTAVO MAURICIO (PRESO)
CORRÉU	: DEIVID DA SILVA VARGAS

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, por maioria, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencido o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora quanto ao não conhecimento da ordem.