



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 766066 - SP (2022/0266226-7)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : ANTONIA PEREIRA GAY - RJ205671
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON LUIZ DE OLIVEIRA (PRESO)
PACIENTE : HUMBERTO FELIPE DO NASCIMENTO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. DOSIMETRIA. AGRAVANTE OBJETIVA DA IDADE DA VÍTIMA MANTIDA. CÚMULO DE CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ART. 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. INDEVIDO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de acusados contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, alegando ilegalidade na dosimetria da pena, especificamente na aplicação da agravante do art. 61, II, *h*, do Código Penal, majorante pelo uso de arma de fogo, cúmulo de majorantes e concurso formal de crimes.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em saber se houve ilegalidade na dosimetria da pena, especialmente quanto à aplicação de agravantes e majorantes, e se o *habeas corpus* é a via adequada para revisar tais questões.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O *habeas corpus* não é substitutivo de recurso próprio ou revisão criminal, salvo em casos de flagrante ilegalidade.

4. Comprovado o uso da arma de fogo por outros meios de prova, quais sejam, neste caso, os relatos das vítimas, mostra-se adequada a incidência da causa de aumento prevista no art.

157, § 2º, I, do Código Penal, sendo prescindível sua apreensão e perícia para atestar o seu potencial lesivo.

5. A incidência da agravante do art. 61, II, *h*, do CP independe da prévia ciência pelo réu da idade da vítima.

6. O cúmulo de causas de aumento foi devidamente aplicado com fundamentação concreta, fazendo remissão às peculiaridades do caso em comento, quais sejam, número de agentes e a forma de violência empregada no crime, de maneira que o *modus operandi* do delito, como narrado, reflete especial gravidade.

7. O concurso formal de crimes foi corretamente reconhecido, conforme jurisprudência, quando há lesão a patrimônios distintos em um mesmo contexto fático.

IV. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 12 de dezembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 766066 - SP (2022/0266226-7)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : ANTONIA PEREIRA GAY - RJ205671
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON LUIZ DE OLIVEIRA (PRESO)
PACIENTE : HUMBERTO FELIPE DO NASCIMENTO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. DOSIMETRIA. AGRAVANTE OBJETIVA DA IDADE DA VÍTIMA MANTIDA. CÚMULO DE CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ART. 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. INDEVIDO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de acusados contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, alegando ilegalidade na dosimetria da pena, especificamente na aplicação da agravante do art. 61, II, *h*, do Código Penal, majorante pelo uso de arma de fogo, cúmulo de majorantes e concurso formal de crimes.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. A questão em discussão consiste em saber se houve ilegalidade na dosimetria da pena, especialmente quanto à aplicação de agravantes e majorantes, e se o *habeas corpus* é a via adequada para revisar tais questões.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O *habeas corpus* não é substitutivo de recurso próprio ou revisão criminal, salvo em casos de flagrante ilegalidade.

4. Comprovado o uso da arma de fogo por outros meios de prova, quais sejam, neste caso, os relatos das vítimas, mostra-se adequada a incidência da causa de aumento prevista no art.

157, § 2º, I, do Código Penal, sendo prescindível sua apreensão e perícia para atestar o seu potencial lesivo.

5. A incidência da agravante do art. 61, II, *h*, do CP independe da prévia ciência pelo réu da idade da vítima.

6. O cúmulo de causas de aumento foi devidamente aplicado com fundamentação concreta, fazendo remissão às peculiaridades do caso em comento, quais sejam, número de agentes e a forma de violência empregada no crime, de maneira que o *modus operandi* do delito, como narrado, reflete especial gravidade.

7. O concurso formal de crimes foi corretamente reconhecido, conforme jurisprudência, quando há lesão a patrimônios distintos em um mesmo contexto fático.

IV. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

RELATÓRIO

Tendo em vista as orientações e valores destacados no Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, o qual está pautado em instrumentos internacionais de direitos humanos e de acesso à Justiça, adoto o relatório de fl. 177 e-STJ:

Trata-se de pedido liminar, deduzido em sede de habeas corpus, impetrado em favor de ANDERSON LUIZ DE OLIVEIRA e HUMBERTO FELIPE DO NASCIMENTO contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No presente writ, o impetrante sustenta a ilegalidade na segunda e terceira etapas da dosimetria da pena, ao argumento de que não houve fundamentação idônea a justificar a agravante do artigo 61, inciso II, alínea “h”, do Código Penal, bem como a majorante do emprego de arma de fogo, o cúmulo de majorantes e a incidência do concurso formal de crimes.

Além disso, alega a afronta ao enunciado da Súmula n. 269 desta Corte Superior.

Requer, ao final, a concessão da liminar, para reduzir a pena e readequar o regime prisional (fls.3-21).

A defesa alega, em síntese, a ocorrência de erro na dosimetria da pena.

Requer a concessão da ordem para obter a redução da pena aplicada aos pacientes.

É o relatório.

VOTO

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de

não admitir habeas corpus em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, situação que impede o conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que se verifica flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal.

Veja-se:

*"O **habeas corpus** não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício"*

(AgRg no HC n. 895.777/PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 8/4/2024).

*"De acordo com a jurisprudência do STJ, não é cabível o uso de **habeas corpus** como sucedâneo de revisão criminal, notadamente quando não há indicação de incidência de alguma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP. Precedentes"*

(AgRg no HC n. 864.465/SC, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 20/3/2024).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido:

*"Do ponto de vista processual, o caso é de **habeas corpus** substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma desta Corte, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux) (...) A orientação jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que o "**habeas corpus** não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado" (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). 4. O caso atrai o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe **habeas corpus** para reexaminar os pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante outros Tribunais (HC 146.113-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e HC 110.420, Rel. Min. Luiz Fux). (...)*

(HC 225896 AgR, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023).

O entendimento é de elevada importância, devendo ser utilizado para preservar a real utilidade e eficácia da ação constitucional, qual seja, a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a necessária celeridade no seu julgamento.

A concessão de ofício da ordem, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, depende da existência de flagrante ilegalidade, situação que não se verifica de plano na hipótese dos autos, na medida em que o acórdão assim se manifestou acerca da dosimetria:

Na primeira fase, em razão dos maus antecedentes dos acusados [processo nº 0002389-08.2019 (HUMBERTO - fls. 41/42) e processo nº 0000952-81.2015 (ANDERSON - fls. 49)], as básicas foram acrescidas na fração de um sexto, o que se conserva, valendo enfatizar que, ao contrário do que sustenta a Defesa, não houve, no caso, "dupla punição pelo mesmo fato" (fls. 397), mas, sim, mero recrudescimento das penas de indivíduos que já haviam sido condenados e voltaram a

delinquir, demonstrando recalcitrância na vida do crime.

Por conta da reincidência dos recorrentes, amparada em feitos distintos dos anteriores [processo nº 000899-14.2020 (HUMBERTO) e processo nº 0003572-22.2019 (ANDERSON - fls. 49)] e da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea “h”, do Código Penal, caracterizada na hipótese, porquanto a ação criminosa atingiu pessoa idosa (Maria Lícia) e, além disso, uma criança, as sanções foram elevadas de um quinto na segunda etapa da dosimetria.

Na última fase, em virtude do concurso de agentes e da restrição da liberdade das vítimas, as reprimendas sofreram exasperação de três oitavos, e, em decorrência do emprego de arma de fogo, suportaram novo acréscimo, desta vez de dois terços.

Finalmente, os castigos foram elevados de um sexto, em razão da aplicação da regra do concurso formal, já que, em um mesmo contexto fático, patrimônios distintos foram lesados.

Assim, as penas restaram concretizadas, individualmente, em quatorze anos, onze meses e vinte dias de reclusão e trinta e dois dias-multa, montante que se preserva, observando-se, por fim, que foram adequados os aumentos cumulativos efetuados por conta das majorantes, não se vislumbrando qualquer ilegalidade passível de retificação.

Aliás, de acordo com o artigo 68, parágrafo único, do Código Penal, havendo o “concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua” (grifo nosso), tratando-se a referida previsão legal, portanto, de mera faculdade (e não obrigação) atribuída ao Magistrado.

Levando-se em conta a extrema gravidade dos crimes, os maus antecedentes, a reincidência e o próprio montante das reprimendas corporais impostas aos recorrentes, o regime prisional fechado deve ser mantido, ressaltando-se que a aplicação do disposto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, é medida temerária na hipótese, primeiramente porque não se tem informações aptas a embasar decisão segura a respeito da real situação carcerária dos sentenciados, e, além disso, para não violar o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição.

A dosimetria da pena, quando imposta com base em elementos concretos e observados os limites da discricionariedade vinculada atribuída ao magistrado sentenciante, impede a revisão da reprimenda por esta Corte Superior. Somente em casos de evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta, caberá a reapreciação para a correção de eventual desacerto quanto ao cálculo das frações de aumento e de diminuição e a reavaliação das circunstâncias judiciais listadas no art. 59 do Código Penal.

A análise realizada pelo Tribunal de origem está em linha com a jurisprudência desta Corte acerca da temática.

Quanto à segunda fase da dosimetria, "nos termos da jurisprudência desta Corte, por se tratar de agravante de natureza objetiva, a incidência do art. 61,

II, 'h', do CP independe da prévia ciência pelo réu da idade da vítima, sendo, de igual modo, desnecessário perquirir se tal circunstância, de fato, facilitou ou concorreu para a prática delitiva, pois a maior vulnerabilidade do idoso é presumida. Mais: tratando-se de crime perpetrado em comparsaria, incide a agravante mesmo se o réu não foi diretamente responsável pela violência." (AgRg no HC n. 913.488/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 9/9/2024, DJe de 12/9/2024.)

No tocante à causa de aumento pelo uso de arma de fogo, a Terceira Seção desta Corte, quando do julgamento do EREsp n. 961.863/RS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, firmou o entendimento no sentido de que, para a incidência da causa especial de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, é dispensável a apreensão e realização de perícia no respectivo objeto, desde que existentes outros meios que comprovem a utilização da arma de fogo na prática delituosa.

O Tribunal de origem se lastreou na prova oral colhida em juízo, ao concluir pela utilização da arma de fogo no crime de roubo. Assim, estando comprovado o uso da arma de fogo por outros meios de prova, quais sejam, neste caso, os relatos das vítimas, mostra-se adequada a incidência da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, sendo prescindível sua apreensão e perícia para atestar o seu potencial lesivo.

Outrossim, a jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que a utilização de arma desmuniada, como forma de intimidar a vítima do delito de roubo, caracteriza o emprego de violência, porém não permite o reconhecimento da majorante de pena, uma vez que está vinculada ao potencial lesivo do instrumento, dada a sua ineficácia para a realização de disparos.

Todavia, "Se o acusado sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal." (HC 96.099/RS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Pleno, maioria, Dje de 05.06.2009).

Assim, na espécie, caberia à defesa demonstrar que a arma era desprovida de potencial lesivo, o que não ocorreu na situação narrada na inicial.

Quanto ao cúmulo de majorantes, a jurisprudência da Suprema Corte é no sentido de que o art. 68, parágrafo único, do Código Penal não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento referente à parte especial do Código Penal, quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique quando

da escolha da cumulação das causas de aumento.

Portanto, qualquer que seja a solução, ela deve ser fundamentada. Não pode ser automática. Isso porque o Código Penal diz, tanto no parágrafo único do art. 68, como no § 2º do art. 157, "pode o juiz" e "aumenta-se de 1/3 até metade", indicando claramente, que a opção do magistrado há que ser fundamentada, sob pena de se transmutar a discricionariedade permitida com um inaceitável arbítrio próprio do princípio da convicção íntima.

In casu, o cúmulo de causas de aumento foi devidamente aplicado com fundamentação concreta, fazendo remissão às peculiaridades do caso em comento, quais sejam, número de agentes e a forma de violência empregada no crime, de sorte que o *modus operandi* do delito, como narrado, reflete especial gravidade.

Nesse sentido:

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. CÚMULO DE MAJORANTES. FRAÇÃO DE AUMENTO EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. OBSERVÂNCIA AO ENUNCIADO DA SÚMULA 443/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Na presente hipótese, as instâncias de origem aplicaram a fração de 3/8 para a incidência das causas de aumento referentes ao concurso de agentes e restrição da liberdade das vítimas destacando o fato de o crime ter sido cometido por "quatro assaltantes, que ameaçaram as vítimas com o emprego de duas pistolas, cumprindo destacar que chegaram a apertar o gatilho, porém o projétil picotou, não se aperfeiçoando crime mais grave (latrocínio), por circunstâncias alheias à vontade dos agentes, o que justifica o recrudescimento aplicado pelo magistrado a quo, que se mostrou adequado e proporcional" (fl. 47).

III - Desse modo, verifica-se que houve a devida fundamentação concreta para a incidência da fração aplicada. Portanto, com a fixação do total de aumento de pena determinado por critério não exclusivamente quantitativo, mas com referência a elementos concretos dos autos, não há que falar em descumprimento do entendimento consolidado no enunciado n. 443 da Súmula deste Tribunal.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 817.547/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 25/9/2023, DJe de 28/9/2023.)

Por fim, não se trata de crime único, pois a jurisprudência é no sentido de que há concurso formal quando o roubo é praticado contra mais de uma vítima, com lesão a patrimônios distintos e mediante ação única.

Veja-se: "O acórdão impugnado está em consonância com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual não há que se falar em crime único quando, num mesmo contexto fático, são subtraídos bens pertencentes a vítimas distintas, caracterizando concurso formal, por terem sido atingidos patrimônios diversos, nos moldes do art. 70 do Código Penal" (AgRg no HC n. 792.057/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 25/5/2023.)

Alterar o quadro formado no Tribunal de origem demandaria inviável dilação probatória em *habeas corpus*.

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

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2022/0266226-7

HC 766.066 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15030982820218260536 22568762021

PAUTA: 10/12/2024

JULGADO: 10/12/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ANTONIA PEREIRA GAY - RJ205671
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON LUIZ DE OLIVEIRA (PRESO)
PACIENTE : HUMBERTO FELIPE DO NASCIMENTO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.