

**HABEAS CORPUS Nº 482.644 - SP (2018/0325965-8)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**FABRÍCIO DE VECCHI BARBIERI - SP319744**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : JOSE FRANCISCO MARTINS DE SOUZA**

**DECISÃO**

**JOSÉ FRANCISCO MARTINS DE SOUZA** alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 0010721-30.2017.8.26.0482.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime semiaberto, mais multa, pela prática do delito descrito no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

Neste habeas corpus, a defesa aponta as seguintes ilegalidades: a) **indevido aumento da pena-base** pelas circunstâncias (concurso de agentes e multiplicidade de vítimas; b) afastamento da majorante do art. 157, § 2º, I, do Código Penal; c) fixação do regime fechado.

Requer a concessão da ordem, a fim de que **seja reduzida a pena do réu e fixado modo mais brando para o início do cumprimento da reprimenda.**

O pedido de liminar foi indeferido (fl. 89).

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 206-211).

**Decido.**

**I. Pena-base**

Primeiramente, acerca da consideração de causa de aumento

na primeira fase da dosimetria, certo é que há, de um lado, quem defenda que as majorantes devem ser sopesadas, unicamente, na terceira fase da dosimetria. Nesse sentido, menciono o seguinte julgado deste Superior Tribunal, *mutatis mutandis*: "O concurso de agentes, por se tratar de causa especial de aumento do crime de roubo, deve ser sopesado apenas e tão somente na terceira fase da dosimetria, e não para a elevação da reprimenda-base, sob pena de ofensa ao sistema trifásico de aplicação da pena." (HC n. 205.072/DF, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 26/9/2012).

Contudo, há uma segunda posição, **à qual me filio**, que entende ser plenamente possível, diante do reconhecimento de várias causas de aumento de pena previstas no mesmo tipo penal, deslocar a incidência de algumas delas para a primeira fase, para fins de majoração da pena-base, desde que a reprimenda não seja exasperada, pelo mesmo motivo, na terceira etapa da dosimetria da pena e que seja observado o percentual legal máximo previsto pela incidência das majorantes.

Deveras, esse também é o entendimento de diversos julgados deste Superior Tribunal, dentre os quais cito como exemplo:

[...]

1. É plenamente possível, diante do reconhecimento de várias causas de aumento de pena previstas no mesmo tipo penal, deslocar a incidência de algumas delas para a primeira fase, para fins de majoração da pena-base, desde que a reprimenda não seja exasperada, pelo mesmo motivo, na terceira etapa da dosimetria da pena e que seja observado o percentual legal máximo previsto pela incidência das majorantes.
2. A interpretação sistemática do artigo 68 do Código Penal e o escopo da individualização da pena permitem tal solução, pois, em detrimento de um rigor cronológico, deve ser permitido ao julgador movimentar-se dentro da tríplice operação indicada no Código Penal, consoante um critério de discricionariedade motivada.
3. No caso vertente, a valoração das causas especiais de aumento atinente ao emprego de arma e à restrição da liberdade vítima ensejou o aumento da pena-base um pouco acima do mínimo legal (de 4 anos foi elevada para 4 anos e 6 meses de reclusão), quando, se considerada na terceira etapa da dosimetria da pena, poderia permitir o aumento da reprimenda de até metade.

[...]

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.551.168/AL, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 2/3/2016)

[...]

- Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, "não há falar em inobservância ao sistema trifásico, ante a utilização das majorantes (causas de aumento de pena) - que não foram utilizadas para aumentar a pena, na terceira fase da aplicação da pena -, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, na primeira fase, portanto." (HC 101.744/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 29.5.2015).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 771.527/ES, Rel. Ministro **Ericson Maranhão** (Desembargador convocado do TJ/SP), 6ª T., DJe 4/2/2016)

A interpretação sistemática do art. 68 do Código Penal e o escopo da individualização da pena, que é a realização de justiça para o caso concreto, comportam tal solução, pois, em detrimento de um rigor cronológico, deve ser permitido ao julgador movimentar-se dentro da tríplice operação indicada no Código Penal, consoante um critério de discricionariedade motivada, desde que o resultado não seja manifestamente contrário ao itinerário fixado, implique prejuízo para o réu ou violação do postulado do *ne bis in idem*.

A partir dessas premissas, verifico que, na espécie, o Juízo monocrático considerou a majorante relativa ao **concurso de agentes** para exasperar a pena-base, diante do maior relevo nas circunstâncias do crime. Ademais, ficou registrado que a ação delituosa atingiu "**múltiplas vítimas**" (fl. 22, destaquei), o que, a meu ver, também é válido para recrudescer a pena-base pela culpabilidade.

## **II. Exclusão da majorante do emprego de arma – supressão de instância**

Pela detida leitura do acórdão atacado, verifico que, a despeito das alegações feitas no *writ* – acerca do afastamento da majorante do art. 157, § 2º, I, do CP pela suposta revogação pela Lei n. 13.654/2018 – a matéria **não foi analisadas pelo Tribunal de origem**, circunstância

que impede a análise por esta Corte, sob pena de **supressão de instância**.

Confira-se:

[...]

2. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, dada sua incompetência para tanto e sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, das teses de nulidade da sentença por ausência de análise de tese defensiva apresentada nas alegações finais e o consequente excesso de prazo na custódia, tampouco de imposição de regime inicial mais gravoso que o permitido ou de possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que tais questões não foram analisadas pelo Tribunal impetrado no aresto combatido, em razão da inadequação da via eleita, pendente de julgamento, ainda, apelação já interposta.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 347.010/SP, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 12/4/2016)

### **III. Regime – ausência de interesse**

Em relação ao regime inicial para cumprimento de pena, constato a **ausência de interesse** por parte da defesa, haja vista a fixação do regime inicial semiaberto pelo Juízo sentenciante – corroborado pela Corte local.

### **IV. Dispositivo**

À vista do exposto, **denego a ordem**.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**