

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 445.575 - SP (2018/0085840-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO GIRADE PARISE - SP272254
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADAILTON DE FREITAS DIAS

DECISÃO

ADAILTON DE FREITAS DIAS alega sofrer constrangimento ilegal diante do acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 0007857-16.2015.8.26.0635.

A defesa suscita a preliminar de nulidade por violação do princípio da correlação, ao argumento de que foi reconhecida a causa de aumento de pena relativa ao repouso noturno, sem que a sua capitulação constasse da denúncia.

Pretende, ainda, a absolvição do paciente, condenado em pela prática do delito do art. 155, §§ 1º e 4º, I e IV, do Código Penal, em razão da atipicidade material da conduta, pelo princípio da insignificância, bem como o afastamento do repouso noturno, o reconhecimento de *bis in idem* na dosimetria, a redução do *quantum* de aumento pela reincidência e a modificação do regime.

Indeferida a liminar (fls. 40-41) e prestadas as informações, veio parecer do Ministério Público Federal, que opinou pela concessão da ordem de ofício para que seja aplicado o princípio da insignificância (fls. 71-74).

Decido.

I. Princípio da correlação

O acórdão recorrido afastou a apontada nulidade, pois, "muito embora a causa de aumento do repouso noturno não conste da capitulação da denúncia (fl. 2), sabe-se, da peça acusatória, que os fatos se deram 'durante a madrugada', portanto, durante a noite". Concluiu, ainda, que "o réu se defende dos fatos narrados na inicial e não da classificação

jurídica do crime e, no caso presente, está narrado que o crime se deu durante a noite" (fl. 20).

É firme a jurisprudência desta Corte segundo a qual "o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia e não da capitulação legal nela contida, sendo permitido ao magistrado conferir-lhes definição jurídica diversa, conforme dispõe o art. 383 do Código de Processo Penal. Assim, factível a condenação do paciente por crime não capitulado na denúncia, mas que foi extraído dos fatos nela narrados" (**AgRg no HC n. 115.151/RJ**, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 17/10/2016).

Portanto, não há falar em nulidade.

II. Princípio da insignificância

A Corte de origem manteve a condenação e, sobre a atipicidade da conduta, salientou que "o valor do bem subtraído - avaliado em R\$ 400,00 (quatrocentos reais), fl.37 - não é ínfimo e, tampouco, pode ser considerado insignificante, eis que, quando da ocorrência dos fatos, equivalia a mais da metade do salário mínimo vigente" (fl. 23).

Consoante já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância deve ser analisado em correlação com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, no sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade da conduta, examinada em seu caráter material, observando-se, ainda, a presença dos seguintes vetores: (I) mínima ofensividade da conduta do agente; (II) ausência total de periculosidade social da ação; (III) ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) inexpressividade da lesão jurídica ocasionada (conforme decidido nos autos do **HC n. 84.412/SP**, Rel. Ministro **Celso de Mello**, DJU 19/4/2004).

No caso vertente, há componentes significativos que revelam **a acentuada reprovabilidade do comportamento do réu**, a indicar a necessidade da atividade punitiva estatal.

Com efeito, constato que a conduta perpetrada pelo acusado **não se revela de escassa ofensividade penal e social**. Isso porque, diante do valor econômico do bem subtraído – avaliado em R\$ 400,00, o que corresponde a, aproximadamente, metade do salário mínimo à data do fato (R\$ 788,00) –, a **lesão jurídica provocada pela conduta não pode ser considerada inexpressiva**.

Superior Tribunal de Justiça

Dessa forma, a Corte de origem, ao afastar a incidência do princípio da insignificância, **decidiu consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.**

III. Repouso noturno

O Tribunal de origem ressaltou que a majorante relativa ao repouso noturno, "a despeito do imóvel encontrar-se desocupado, deve ser mantida" (fl. 23). Isso porque, "a lei trata apenas do momento em que o crime é cometido, dada a carência de vigilância normal nas horas consagradas ao repouso. Assim, pouco importa se o local é residência ou estabelecimento comercial, ou se havia gente repousando ou não no imóvel [...]" (fl. 24).

Sobre o tema, este Superior Tribunal entende que "a causa especial de aumento de pena do furto cometido durante o repouso noturno pode se configurar mesmo quando o crime é cometido em estabelecimento comercial ou residência desabitada, sendo indiferente o fato de a vítima estar, ou não, efetivamente repousando" (HC n. 501.072/SC, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 11/6/2019).

Assim, a referida causa de aumento foi aplicada corretamente à hipótese dos autos.

IV. Maus antecedentes e reincidência – ausência de *bis in idem*

Consta dos autos que a pena-base do paciente foi exasperada em razão dos seus maus antecedentes e, na segunda fase da dosimetria, reconhecida a sua reincidência. Sobre o alegado *bis in idem*, a Corte estadual salientou que "além da condenação apta a configurar a reincidência, possui somente outra condenação (fl. 15 do apenso – crime de furto qualificado)" (fl. 25).

Sobre o tema, esta Corte Superior entende que não incorre em "*bis in idem*" as instâncias ordinárias ao decidir pela valoração negativa da circunstância judicial referente aos maus antecedentes na primeira fase da dosimetria da pena, aplicando também a agravante da reincidência na segunda fase, uma vez que o paciente possui mais de uma condenação transitada em julgado. Este entendimento está em sintonia com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, que entendem ser possível a exasperação da reprimenda nas duas primeiras fases da dosimetria no caso de

mais de uma condenação passada em julgado" (**HC n. 476.385/SP**, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 14/12/2018).

Assim, de acordo com o trecho acima transcrito, o réu registra duas condenações definitivas anteriores, sendo **válida a motivação adotada pelo Juízo de primeiro grau para exasperar a pena-base e reconhecer a reincidência**, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior.

V. *Quantum* de aumento pela reincidência

Sobre o aumento de pena relativo à agravante da reincidência, cumpre salientar que o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas, respectivamente. Na verdade, o art. 61 limitou-se a prever as circunstâncias que sempre agravam a pena, embora não tenha mencionado qualquer valor de aumento. O mesmo ocorre com o disposto no art. 65, que estipula as circunstâncias que sempre atenuam a pena, sem, contudo, fazer nenhuma menção ao *quantum* de redução.

A doutrina e a jurisprudência têm entendido que cabe ao magistrado, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, escolher a fração de aumento de pena pela incidência da agravante, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Assim, nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal, a aplicação de fração superior a 1/6 pela reincidência exige motivação concreta e idônea. Menciono, como exemplo, o **HC n. 229.371/DF**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 4/9/2013.

Nesse ponto, destaco que, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, "A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, **bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.**" (**RHC n. 115.654/BA**, Rel. Ministra **Rosa**

Weber, 1ª T., DJe 21/11/2013, destaquei).

Na espécie, não verifico o alegado constrangimento ilegal, pois a pena-base foi aumentada em 1/3, na segunda etapa da dosimetria, em decisão devidamente fundamentada, "por conta da reincidência específica" (fl. 25) ostentada pelo paciente.

No mesmo sentido:

[...]

IV - Quanto à segunda fase da dosimetria, consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a aplicação de fração superior à 1/6, pelo reconhecimento das agravantes e das atenuantes genéricas, exige motivação concreta e idônea. Precedentes.

V - Na hipótese, houve fundamentação idônea a lastrear o valor fracionário utilizado em patamar diverso à 1/6 (um sexto), **em razão de que o paciente é reincidente específico, circunstância essa que possibilita o agravamento da pena no patamar estabelecido pelas instâncias originárias.**

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar a pena-base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, e torná-la definitiva em 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 777 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(**HC n. 453.109/SP**, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 30/8/2018, destaquei)

VI. Regime

Quanto à almejada modificação do regime inicial do paciente para o semiaberto, cumpre enfatizar que esta Corte tem decidido que o modo inicial de cumprimento da pena não está vinculado, de forma absoluta, ao *quantum* de reprimenda imposto.

É dizer, para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as **diretrizes dos arts. 33 e 59**, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a **gravidade concreta** do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena (**HC n. 279.272/SP**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 25/11/2013; **HC n. 265.367/SP**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 19/11/2013; **HC n.**

Superior Tribunal de Justiça

213.290/SP, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/11/2013; **HC 148.130/MS**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 3/9/2012).

O art. 33, § 3º, do Código Penal estabelece que "a determinação do regime inicial de cumprimento de pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".

Portanto, as mesmas circunstâncias judiciais aferidas pelo magistrado para fixação da pena-base na primeira fase da dosimetria deverão ser sopesadas na imposição do regime inicial de cumprimento de pena.

No caso dos autos, o réu, **além de ser reincidente específico, possui maus antecedentes**, o que afasta a aplicação da Súmula n. 269 deste Superior Tribunal, "É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais."

VII. Dispositivo

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

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**