

RECURSO ESPECIAL Nº 1.788.026 - SP (2018/0333930-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : **LUCIANA DIAS DA ROCHA**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
LUCAS PAMPANA BASOLI - DEFENSOR PÚBLICO - SP263943
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **LUCIANA DIAS DA ROCHA**, com fulcro no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO SIMPLES - Autoria e materialidade do delito bem demonstradas - Condenação devida - Pena, no entanto, mitigada na segunda fase do cálculo - Compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, que igualmente serviu para lastrear o decreto condenatório - Necessidade - Regime prisional inicial fechado mantido - Ré com mau antecedente e reincidente específica - Recurso ministerial desprovido, provendo-se parcialmente o defensivo." (e-STJ, fl. 344)

Em suas razões, a defesa sustenta, além de dissídio jurisprudencial, violação ao artigo 155, *caput*, do Código Penal e artigo 386, III, do Código de Processo Penal, ao argumento de que a conduta atribuída à recorrente é atípica no sentido material, pois os bens subtraídos foram avaliados em R\$ 80,46 (oitenta reais e quarenta e seis centavos), não gerando nenhum prejuízo à vítima, tendo em vista que os bens foram devolvidos. Ademais, afirma que, ainda que a ré seja reincidente, é possível aplicar ao caso o princípio da insignificância, conforme visto no acórdão paradigma.

Além do mais, assevera que seria cabível a fixação do regime semiaberto, medida proporcional ao fato e à pena imposta, nos termos do artigo 33, § 2º, II e § 3º, do Código Penal, bem como em atenção ao disposto na Súmula 269/STJ.

Por fim, alega violação ao artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, sob o fundamento de que o juiz sentenciante deve fazer a detração e aplicar regime de pena mais brando sem que haja necessidade de analisar qualquer requisito subjetivo, posto não se tratar de progressão de regime.

Requer, assim, o reconhecimento da ausência de tipicidade material da conduta, com a absolvição da recorrente pela aplicação do princípio da insignificância. Caso, assim não se entenda, pugna pela fixação do regime semiaberto, medida proporcional ao fato e à pena imposta, nos termos do artigo 33, § 2º, II, e § 3º, do Código Penal, bem como em atenção ao disposto na Súmula 269/STJ. Pleiteia, ainda, que seja realizada a detração, alterando-se o regime inicial de cumprimento para o aberto.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 395-410) e admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo parcial provimento do recurso (e-STJ, fls. 423-427).

É o relatório.

Decido.

No que se refere à alegada atipicidade da conduta, impende consignar que o "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. [...] Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (STF, HC 84.412/SP, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, DJ 19/11/2004.)

Vale dizer, não basta à caracterização da tipicidade penal a adequação pura e simples do fato à norma abstrata, pois, além dessa correspondência formal, é necessário o exame materialmente valorativo das circunstâncias do caso concreto, a fim de se evidenciar a ocorrência de lesão grave e penalmente relevante ao bem em questão.

No caso, observa-se que os bens subtraídos foram avaliados em R\$ 80,46, valor, portanto, superior a 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos (19/8/2014), que era de R\$ 724,00.

O entendimento perfilhado pelo Tribunal de origem está em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que o valor do bem furtado não é considerado insignificante tendo em vista equivaler a mais de 10% do salário mínimo à época do delito.

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE FURTO DE PRODUTOS DE HIGIENE PESSOAL (DESODORANTES E ÓLEOS CORPORAIS). RESTITUIÇÃO DOS BENS À VÍTIMA. CONCURSO DE PESSOAS X APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NECESSIDADE DE SE VERIFICAR AS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE NO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE PERICULOSIDADE SIGNIFICATIVA DA CONDUTA DO RÉU. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. EXCEPCIONALIDADE. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA REJEITADOS.

[...]

3. Da mesma forma, a jurisprudência mais recente da Terceira Seção desta Corte traçou uma orientação no sentido de que, para fins de aplicação do princípio da bagatela, a lesão jurídica provocada não pode ser considerada insignificante quando o valor dos bens subtraídos perfaz mais de 10% (dez por cento) do salário mínimo vigente à época dos fatos (AgRg no REsp 1.549.698/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 3/11/2015).

[...]

11. Embargos de divergência aos quais se nega provimento." (EResp 1.609.444/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2016, DJe

09/11/2016).

Nota-se, ainda, que o Tribunal de origem reconheceu a reincidência da ré. Nesse passo, tem-se que o acórdão recorrido está novamente em consonância com a jurisprudência de ambas as Turmas Criminais deste Superior Tribunal de Justiça, as quais reconhecem que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando as instâncias ordinárias entenderem ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas, situação que não se apresenta na hipótese.

A propósito, confira-se:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. VALOR ÍNFINO DOS BENS. REITERAÇÃO CRIMINOSA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Na linha da jurisprudência desta eg. Corte e do Supremo Tribunal Federal - STF, a reiteração criminosa mostra-se incompatível com o princípio da insignificância, ainda que seja ínfimo o valor dos bens furtados.

2. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 960.125/AC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 17/10/2016);

Assim, deve ser mantido o entendimento adotado pelo Tribunal *a quo* no sentido da impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância à hipótese.

Prosseguindo na análise do reclamo, no que toca à fixação do regime inicial de cumprimento da pena, assim consignou a Corte de origem:

"O regime inicial fechado, estabelecido na origem, deve ser preservado, único cabível ao caso concreto, tendo em vista a comprovada reincidência de ré (específica, por sinal), além de registrar antecedente criminal, como acima mencionado, a indicar maior periculosidade, posto que essas condenações anteriores e definitivas não foram suficientes para frear seus impulsos antissociais, de modo a não autorizar a imposição de regime prisional mais brando (cf. artigo 33, § 3º, do Código Penal)." (e-STJ, fls. 350-351)

Conforme se observa, o regime fechado foi estabelecido com fundamento na existência de circunstância judicial desfavorável e na reincidência da ré.

Sobre a questão, é assente nesta Corte Superior o entendimento de que "a existência de circunstância judicial desfavorável, somada à reincidência, é suficiente para manter o regime inicial fechado, apesar de a pena aplicada ser inferior a 4 anos de reclusão. Inaplicabilidade da Súmula 269/STJ". (HC 218.506/SC, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 28/03/2012)

Destaca-se, ainda, que, nos termos da jurisprudência consolidada neste Tribunal, "somente quando favoráveis as circunstâncias judiciais é que há a possibilidade de fixação do regime semiaberto ao reincidente com pena inferior a 4 (quatro) anos". (HC 148.497/DF, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 17/05/2011) No

mesmo sentido os seguintes precedentes:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. INJÚRIA E DIFAMAÇÃO. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. PLURALIDADE DE CONDENAÇÕES. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. RÉU MULTIRREINCIDENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RÉU QUE NÃO CONTAVA COM 70 ANOS DE IDADE NA DATA DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INAPLICABILIDADE DO ART. 115 DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

[...]

6. Em interpretação contrario sensu da Súmula 269 desta Corte, mostra-se descabida a alegação de desproporcionalidade na imposição do meio prisional mais severo, pois, nada obstante ser a pena total do réu inferior a 4 anos de reclusão, as circunstâncias judiciais negativas e a sua reincidência indicam a necessidade de imposição do regime fechado.

[...]

9. *Habeas Corpus* não conhecido."

(HC 435.254/SP, minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 23/05/2018);

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. ROUBO. TENTATIVA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SÚMULA 269/STJ. AFASTAMENTO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. - O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros. - Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012. - **Embora a pena tenha sido inferior a 4 (quatro) anos, a presença de circunstância judicial desfavorável - maus-antecedentes - autoriza a imposição do regime inicial fechado, afastando a incidência do enunciado n. 269 da Súmula do STJ** que preceitua que somente "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais". *Habeas corpus* não conhecido." (HC 209.722/MG, Rel. Min.

MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) , QUINTA TURMA, DJe 03/04/2013).

Por fim, quanto à tese de violação ao artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, igualmente sem razão a recorrente.

Com o advento da Lei 12.736/12, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. Forçoso reconhecer que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas, sim, acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado.

Todavia, no presente caso, a detração do tempo de custódia cautelar não repercutiria no regime prisional, especialmente em razão de seu agravamento ter se dado com base na reincidência da ré e nos seus maus antecedentes, e não apenas pela quantidade de pena aplicada. Portanto, eventual detração não terá o condão de abrandar, por si só, o regime prisional fixado.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, II, do Regimento Interno do STJ, **nego provimento** ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 13 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Ministro