

HABEAS CORPUS Nº 462.013 - SP (2018/0192370-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BENNO BUCHMAN - SP210745
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO SOUZA DA SILVA

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de DIEGO SOUZA DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido na Apelação n. 2018.0000280222, assim ementado:

"Apelação criminal - Furto na forma tentada - Sentença condenatória - Pretensão de absolvição por reconhecimento do princípio da bagatela ou, subsidiariamente, a modificação da dosimetria da pena e a substituição da pena restritiva de direito, com aplicação somente de pena de multa Inadmissibilidade Materialidade e autoria suficientemente demonstradas - Réu preso em flagrante, na posse das rei furtivae - Palavras do funcionário da empresa vítima e dos guardas civis assaz importantes e valiosas na apuração dos fatos - Impossibilidade de reconhecimento do crime de bagatela - Res furtiva avaliada em R\$ 84,00 (oitenta e quatro reais), valor não caracterizador de infimidade - Condenação bem editada, com base em convincente acervo probatório - Substituição da prestação pecuniária por pena de multa que não deve prosperar - Inaplicabilidade, eis que a prestação pecuniária possui caráter ressocializador, necessário ao caso em comento. Recurso não provido." (fl. 23)

Na presente impetração, busca a aplicação do princípio da insignificância, ou, alternativamente, a substituição da pena privativa de liberdade por multa.

Requer em liminar a suspensão da ação penal até que seja julgado o mérito do presente *mandamus*.

Liminar indeferida às fls. 110/111.

Informações prestadas às fls. 118/142.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem, conforme parecer de fls. 160/163.

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Quanto ao pleito de reconhecimento da insignificância, esta Corte Superior tem seguido, na última década, o entendimento de que para a aplicação do princípio da insignificância deverão ser observados os seguintes vetores: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) inexpressividade da lesão jurídica e d) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente. Tais vetores interpretativos encontram-se expostos de forma analítica no HC 84.412, Rel. Min. CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2004, DJ 19.11.2004.

No julgamento do HC 123108/MG, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 3/8/2015, DJe 1/2/2016 essas balizas foram revisitadas, conforme acórdão assim ementado:

PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO SIMPLES. REINCIDÊNCIA. 1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo ("conglobante"), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou a contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados. 2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade. 3. No caso concreto, a maioria entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, reconhecendo, porém, a necessidade de abrandar o regime inicial de cumprimento da pena. 4. Ordem concedida de ofício, para alterar de semiaberto para aberto o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente. (HC

123108/MG, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 3/8/2015, DJe 1/2/2016).

É certo, ainda, que a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, para aferir a relevância do dano patrimonial, leva em consideração o salário mínimo vigente à época dos fatos, considerando irrisório o valor inferior a 10% do salário mínimo, independentemente da condição financeira da vítima.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FURTO TENTADO. VALOR DA RES FURTIVAE INFERIOR A 10% (DEZ POR CENTO) DO SALÁRIO MÍNIMO. IRRELEVANTE LESÃO AO EM JURÍDICO. RÉ PRIMÁRIA. CONSUMAÇÃO OU DEVOLUÇÃO DA RES FURTIVAE. IRRELEVÂNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado, o que não ocorre na espécie.

2. 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." (HC nº 84.412-0/SP, STF, Ministro CELSO DE MELLO, DJU 19.11.2004) 3.

Observa-se que os objetos do crime, consistentes em 01 (um) doce/chocolate Kinder, 02 (dois) cremes dentais Dentil Plus, 01 (um) creme de rosto Davene, 01 (um) creme Dove, 01 (um) sabonete Dog Clean, 01 (um) xampu Pucca, 01 (um) creme dental Colgate Smiles foram avaliadas em R\$ 43,09 (quarenta e três reais e nove centavos).

Trata-se de valor ínfimo, porquanto equivalente a 6,35% do salário-mínimo à época do fato, em 2013, que correspondia a R\$ 678,00 (seiscentos e setenta e oito reais), bastante aquém do critério

informado jurisprudencialmente, o que denota a inexpressividade da lesão ao bem jurídico.

4. A inocorrência a consumação ou a devolução da res furtivae à vítima não constitui, por si só, razão suficiente para a aplicação do princípio da insignificância, contudo, como a ré é primária e o valor da coisa é ínfimo, de rigor a aplicação da bagatela.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para trancar a ação penal instaurada em desfavor da paciente, com fundamento no reconhecimento da atipicidade material da conduta. (HC 303.829/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016)

PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES, DESTRUIÇÃO DE OBSTÁCULO E ESCALADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. NÃO OCORRÊNCIA. RESTITUIÇÃO DOS PRODUTOS SUBTRAÍDOS À VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA.

1. O princípio da insignificância propõe se excluam do âmbito de incidência do Direito Penal situações em que a ofensa concretamente perpetrada seja de pouca importância, ou seja, incapaz de atingir materialmente e de modo intolerável o bem jurídico protegido.

Entretanto, a aplicação do mencionado postulado não é irrestrita, sendo imperiosa, na análise do relevo material da conduta, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a ausência de periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. No caso, colhe-se da peça acusatória que, no dia 21 de junho de 2013, o paciente, em comunhão de esforços e conjugação de vontades com outro indivíduo ainda não identificado, subtraiu, para si, mediante rompimento de obstáculo e escalada, 9 (nove) frascos de energético, de 2 (dois) litros cada, e 11 (onze) frascos de cachaça, de 800 ml (oitocentos mililitros) cada, avaliados em R\$ 107,70 (cento e sete reais e setenta centavos). Na oportunidade, o paciente e o indivíduo ainda não identificado, conforme adrede combinado, arrombaram o portão fechado com cadeado, ingressaram no pátio do estabelecimento comercial, utilizaram uma escada que estava no local, escalaram a fachada do prédio, ingressaram por uma janela basculante, arrecadaram os objetos acima descritos e fugiram do local.

*3. Tal o contexto, não há como reconhecer o reduzido grau de reprovabilidade ou a mínima ofensividade da conduta, de forma viabilizar a aplicação do princípio da insignificância, pois o valor atribuído aos bens subtraídos - R\$ 107,70 (cento e sete reais e setenta centavos) -, **embora não seja de grande monta, corresponde a aproximadamente 16% do salário mínimo vigente à época dos acontecimentos e não pode ser considerado inexpressivo ou irrelevante para fins de reconhecimento da atipicidade material do comportamento.** Além disso, o delito fora perpetrado em concurso de pessoas, mediante o*

rompimento de obstáculo e escalada, situação a evidenciar a relevância penal da conduta.

4. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o simples fato de os produtos subtraídos terem sido restituídos à ofendida não justifica, por si só, a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 365.071/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 04/11/2016)

No caso em análise, o furto teria sido praticado no dia 15/12/2015, quando o salário mínimo estava fixado em R\$ 788,00. Nesse contexto, seguindo a orientação jurisprudencial desta Corte, a *res furtiva* avaliada em R\$ 84,00 não pode ser considerada de valor ínfimo, por superar 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos.

O Tribunal de origem manteve a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos por entender que esta atende melhor ao caráter ressocializador do que o simples pagamento de multa e, desta forma, não divergiu da jurisprudência desta Corte Superior. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO. INVASÃO DE DOMICÍLIO. AMEAÇA. APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. SITUAÇÃO ECONÔMICA DO ACUSADO.

1. Malgrado os preceitos secundários dos crimes de ameaça, invasão de domicílio e de furto privilegiado prevejam a sanção pecuniária como modalidade alternativa ao recolhimento carcerário, a escolha deve ser feita pelo magistrado sentenciante, considerando as singularidades do caso concreto, num exercício de discricionariedade vinculada. 2. A reavaliação dos critérios utilizados para deixar de aplicar a sanção pecuniária em lugar das penas de detenção ou reclusão depende de incursão no conjunto probatório dos autos, de modo a reavaliar a eficácia de tal providência, bem como para apurar a real situação econômica do réu. Em ambos os casos, esbarra-se na impossibilidade de emprego do habeas corpus como sucedâneo de recurso de ampla cognição fático-probatória.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Preenchidos os requisitos para a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, mas estabelecida a sanção corporal abaixo de 1 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa ou por medida restritiva, cabendo a escolha ao magistrado sentenciante, no

Superior Tribunal de Justiça

DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO

Edição nº 2615 - Brasília, Disponibilização: Quarta-feira, 20 de Fevereiro de 2019 Publicação: Quinta-feira, 21 de Fevereiro de 2019

exercício da discricionariedade vinculada, desde que apresente fundamentação adequada, tal como ocorreu no caso examinado.

2. Se ao tipo penal é cominada pena de multa cumulativa com a pena privativa de liberdade substituída, não se mostra socialmente recomendável a aplicação da multa substitutiva prevista no art. 44, § 2º, 2ª parte do Código Penal.

3. Hipótese em que a pena restritiva de direitos de prestação pecuniária, de índole reparadora, melhor atenderá ao caráter ressocializador da reprimenda, podendo inclusive ser convertida em pena corporal, se descumprida.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 415.618/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 04/06/2018)

Ausente, portanto, qualquer constrangimento que justifique a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XVIII, alínea *a*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não conheço da presente impetração. Publique-se.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator