HABEAS CORPUS Nº 471.884 - MG (2018/0256355-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	:	GERALDO MAGELA GALVAO DE SOUZA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **GERALDO MAGELA GALVÃO DE SOUZA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime prisional fechado, além do pagamento de 15 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal (e-STJ, fls. 198-208).

Irresignada, a defesa apelou ao Colegiado de origem, pugnando pela absolvição do réu, por insuficiência probatória ou, ainda, pela atipicidade material da conduta. Subsidiariamente, pugnou pela revisão do cálculo dosimétrico. O recurso, contudo, foi desprovido, nos moldes da seguinte ementa:

> "APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO SIMPLES TENTADO. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INVIABILIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA NO CASO CONCRETO. RÉU QUE REITERADAMENTE PRATICA DELITOS PATRIMONIAIS. FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA. AUMENTO. INVIABILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. MANUTENÇÃO. CUSTAS. DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.
> 1. Demonstradas a materialidade e autoria delitivas em relação ao crime de furto simples tentado imputado ao acusado, mormente pelas palavras da vítima e de testemunhas, a manutenção da condenação é medida que se impõe.
> 2. O princípio da insignificância aplica-se, em tese, ao furto que, em virtude do ínfimo valor do bem subtraído, não chega a lesionar o bem jurídico tutelado.
> 3. A prática reiterada de crimes contra o patrimônio pelo agente impede a aplicação do princípio da insignificância, como forma de proteção da sociedade e cumprimento das finalidades de reprovação e prevenção do crime.
> 4. O critério utilizado para a escolha da fração de redução da pena na tentativa é o caminho percorrido pelo agente dentro do "iter criminis". Quanto mais próximo da consumação do delito, menor a fração de redução da pena.
> 5. Ainda que imposta pena de reclusão inferior a quatro anos, deve ser mantido o regime prisional fechado ao condenado multirreincidente, que ostenta circunstância judicial bastante desfavorável. 6. Sendo o réu hipossuficiente, faz jus à condição suspensiva da exigibilidade do pagamento das custas processuais

> pelo prazo de cinco anos, nos termos do artigo 98, § 3º do NCPC. 7. Dado parcial provimento ao recurso" (e-STJ, fls. 413-414).

Neste *writ*, a Defensoria Pública estadual sustenta, em síntese, que: a) "no presente caso, a conduta objeto da denúncia não possui nenhuma lesividade, constituindo relevante violação aos princípios norteadores do ordenamento jurídico considerar tal conduta típica, haja vista a inexistência de dano relevante, considerando a natureza da *res furtivae*"; b) "quanto ao fato do Paciente ser reincidente, vale frisar que eventuais circunstâncias pessoais desfavoráveis (maus antecedentes ou reincidência) não impedem a aplicação do princípio da insignificância, haja vista a proteção a que se destina o princípio, qual seja, o patrimônio, e este, não foi afetado de forma relevante"; c) "ao elevar a pena-base em 01 anos e 06 meses de reclusão acima do mínimo legal, a Turma Julgadora não observou os princípios da proporcionalidade e da individualização das penas" (e-STJ, fls. 1-15).

Pugna, assim, pela concessão da ordem a fim de absolver o réu pela atipicidade material da conduta ou, subsidiariamente, reduzir o *quantum* de aumento a título de maus antecedentes e pela reincidência.

Indeferido pedido liminar (e-STJ, fl. 309), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 412-419).

É o relatório.

Decido.

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.

No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Quanto à alegada atipicidade material da conduta delitiva, está inscrito no acórdão ora impugnado:

> "Nesse contexto, entendo que a conduta praticada pelo agente, reincidente especifico em delitos patrimoniais, ostentando condenação definitiva pela pratica dos crimes de furto qualificado, porte de entorpecente para uso próprio e lesão corporal, conforme CAC de fls. 117/125, não recomenda a aplicação do referido princípio porque definitivamente não contribuiria para a sua ressocialização, eis que, nessa circunstância, apenas o instigaria ao cometimento de novos delitos sob o manto da impunidade" (e-STJ, fl. 297).

Com efeito, 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 n. 84.412-0/SP, STF, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJU 19.11.2004.)

Nesse passo, a jurisprudência desta Quinta Turma reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando tal medida se mostrar suficiente e recomendável, diante das circunstâncias concretas do caso.

A propósito:

> "PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. CRIME DE FURTO. REITERAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE OU NÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DIVERGÊNCIA ENTRE QUINTA E SEXTA TURMAS. 2. VERDADEIRO BENEFÍCIO NA ESFERA PENAL. RISCO DE MULTIPLICAÇÃO DE PEQUENOS DELITOS. NECESSIDADE DE SE VERIFICAR AS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE NO CASO CONCRETO. 3. AGENTE REINCIDENTE E COM MAUS ANTECEDENTES. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RESSALVA DO CASO CONCRETO. MEDIDA QUE PODE SE MOSTRAR SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. 4. ANÁLISE FÁTICA E PROBATÓRIA. COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. 5. EMBARGOS ACOLHIDOS, COM RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA PROSSEGUIR NO JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL.
> 1. Furto: embora existam vetores que orientam o exame da conduta e do comportamento do agente, bem como da lesão jurídica provocada, não há consenso sobre a possibilidade ou não de incidência do princípio da insignificância nos casos em que fica demonstrada a reiteração criminosa. Para a Sexta Turma, o passado delitivo não impede a aplicação da benesse; para a Quinta Turma, entretanto, as condições pessoais negativas do autor inviabilizam o benefício.
> 2. O princípio da insignificância é verdadeiro benefício na esfera penal, razão pela qual não há como deixar de se analisar o passado criminoso do agente, sob pena de se instigar a multiplicação de pequenos crimes pelo mesmo autor, os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento penal. Imprescindível, assim, o efetivo exame das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, porquanto, de plano, aquele que é reincidente e possui maus antecedentes não faz jus a benesses jurídicas.
> 3. Nesse encadeamento de idéias, entendo ser possível firmar a orientação no sentido de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.
> 4. Apenas as instâncias ordinárias, que se encontram mais próximas da situação que concretamente se apresenta ao Judiciário, têm condições de realizar o exame do caso concreto, por meio da valoração fática e probatória a qual, na maioria das vezes, possui

> cunho subjetivo, impregnada pelo livre convencimento motivado.
> Dessa forma, não tendo as instâncias ordinárias apresentado nenhum elemento concreto que autorizasse a aplicação excepcional do princípio da bagatela, entendo que deve prevalecer o óbice apresentado nos presentes autos.
> 5. Acolhidos os embargos de divergência para reformar o acórdão embargado, dando provimento ao agravo regimental para dar provimento ao agravo em recurso especial, reformando o acórdão do Tribunal de origem para cassar a sentença absolutória, determinando o retorno dos autos ao primeiro grau, para que, superada a insignificância, prossiga na instrução, se necessário, ou no julgamento da ação penal."
> (EAREsp 221.999/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/11/2015, DJe 10/12/2015)
>
> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REINCIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE.
> Na linha da jurisprudência desta eg. Corte, ressalvado o meu entendimento pessoal, mostra-se incompatível com o princípio da insignificância a conduta ora examinada, haja vista que o agravante é reincidente (precedentes).
> Agravo regimental desprovido."
> (AgRg no AREsp 811.128/MT, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 04/03/2016)

In concreto, verifica-se a contumácia delitiva do réu, em especial em crimes patrimoniais, pois ele ostentava oito condenações transitadas em julgado à época dos fatos, o que demonstra o seu desprezo sistemático pelo cumprimento do ordenamento jurídico. Nesse passo, não obstante o valor da *res furtivae* e o fato do crime não ter sido consumado, resta clara a inviabilidade do reconhecimento da atipicidade material, por não restarem demonstradas as exigidas mínima ofensividade da conduta e ausência de periculosidade social da ação.

Por outro lado, a individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

No caso, não se cogita qualquer arbitrariedade no cálculo dosimétrico.

Isso porque, conquanto apenas os antecedentes do réu tenham sido reconhecidos como desabonadores, considerando a presença de quatro títulos condenatórios transitados em julgado a serem valorados, na fixação da pena-base, em observância ao princípio da proporcionalidade, deve ser mantido o incremento da reprimenda em 1 ano e 6 meses.

Por outro lado, o Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea, como no caso, na qual foi reconhecida a presença de 4 condenações

transitadas em julgado a serem sopesadas como reincidência, as quais não foram valoradas como maus antecedentes, o que permite, por certo, que seja operado aumento superior ao patamar jurisprudencialmente estabelecido.

Nesse sentido:

> "*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PACIENTE CONDENADO A 7 ANOS, 9 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA RECONHECIDA. CONSTITUCIONALIDADE DA AGRAVANTE EM TELA DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA REINCIDÊNCIA MEDIANTE CERTIDÃO CARTORÁRIA. PRECEDENTES. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. RÉU QUE OSTENTA DUAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/4 (UM QUARTO) PARA 1/5 (UM QUINTO). PRECEDENTES. PENA REDIMENSIONADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> - O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.
> - A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.
> - Este Superior Tribunal de Justiça, seguindo o Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento no sentido de que a agravante genérica da reincidência foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, sem que haja violação dos princípios da isonomia, da culpabilidade e do *ne bis in idem.*
> - 'A jurisprudência desta Corte tem entendido desnecessária a juntada de certidão cartorária como prova de maus antecedentes ou reincidência, admitindo, inclusive, informações extraídas do sítio eletrônico de Tribunal como evidência nesse sentido' (AgRg no AREsp 549.303/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 29/05/2015).
> - Embora a lei não preveja percentuais mínimos e máximos de majoração da pena em razão da reincidência, a jurisprudência desta Corte inclina-se no sentido de que o incremento da pena em fração superior a 1/6, pela aplicação dessa agravante, é devida e concretamente fundamentada.
> - Hipótese em que remanescendo duas condenações definitivas aptas a serem consideradas como reincidência, e não três, como dito na sentença, o aumento na fração de 1/5 (um quinto) mostra-se proporcional ao caso em tela. Precedentes.
> - *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando a pena do paciente para 7 (sete) anos, 5 (cinco)

meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação."
(HC 322.902/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2.º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. *QUANTUM* DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JUIZ. DUAS CONDENAÇÕES ANTERIORES. APENAS UMA COM TRÂNSITO EM JULGADO. REDUÇÃO DO *QUANTUM* DE AUMENTO. MAJORANTES. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.
JUSTIFICATIVA IDÔNEA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.
1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
2. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, com a devida fundamentação.
No caso, o acréscimo da pena pela reincidência se deu em 1/4, sob o argumento de ser o paciente birreincidente específico. Todavia, tendo em vista que uma das condenações não possui indicação de trânsito em julgado, de rigor seja reduzida a mencionada fração de aumento, de 1/4 para 1/5, em razão de permanecer o paciente como reincidente específico.
3. Em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena na terceira fase da dosimetria acima do mínimo legal requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, o que se verifica no caso em apreço (crime cometido com emprego de pelo menos duas armas de fogo e mediante comparsaria entre cinco a oito agentes).
4. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente Rodrigo de Souza Lima para 7 (sete) anos, 8 (oito) meses e 12 (doze) dias, mais 17 (dezessete) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação."
(HC 336.635/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 30/11/2015.)

Ante o exposto, **não conheço** do *writ.*
Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator