RECURSO ESPECIAL Nº 1.799.752 - RS (2019/0057630-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE	:	PAULO ROBERTO CAMARGO SCHARDONG
ADVOGADOS	:	RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial com fulcro no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, interposto em desfavor de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado pela prática dos delitos tipificados nos arts. 155, *caput*, do Código Penal (furto), à pena de 01 (um) ano de reclusão, regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, posteriormente, substituída por pena restritiva de direitos.

Irresignada a parte e interposto recurso, restou este parcialmente provido para reconhecer o privilégio e substituir a pena de reclusão por detenção.

O acórdão restou assim ementado:

> *APELAÇÃO-CRIME. FURTO.*
> *1. ÉDITO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO. Existência do delito devidamente comprovada pela prova oral Prova amplamente incriminatória. Confissão levada a efeito pelo réu plenamente corroborada pela narrativa da vitima, detalhando ter visualizado o preciso momento em que o réu deixava o pátio de sua residência, levando o suíno subtraído em suas costas. Delito que. para sua caracterização, prescinde da recuperação ou localização da coisa subtraída, bastando a comprovação da subtração, como ocorreu na espécie. Prova segura ã condenação, que vai mantida.*
> *2. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. Para o reconhecimento do principio da insignificância. que vem sendo admitido pela doutrina e jurisprudência como causa de exclusão da tipicidade. sob o ponto de vista material da conduta, vários fatores devem concorrer, não bastando apenas que o objeto do crime seja de valor irrisório, mas deve-se levar em consideração o impacto que a conduta vier a gerar no patrimônio da vitima, bem como as condições subjetivas do beneficiário e a gravidade do delito cm si. Hipótese na qual o valor da "res furtiva" avaliada em RS*

500.00, corresponde a praticamente 69% do salário-mínimo da época, que era de RS 724,00 - parâmetro adotado pela jurisprudência superior não podendo ser tido como insignificante. Condições subjetivas do agente que não recomendam a aplicação do principio da insignificância. na medida em que está a responder a outras 9 ações penais também pelo cometimento de idêntico delito (5 deles cometidos antes do presente). além de ostentar 1 condenação provisória, igualmente por furto, praticado depois do crime cm apreço. Tipicidade formal e material afirmada.

3. PRIVILEGIADORA. RECONHECIMENTO. À concessão da benesse prevista no § 2º do art. 155 do CP. a lei exige apenas dois requisitos: que o criminoso seja primário, e que a coisa surrupiada seja de pequeno valor, assim entendido aquele inferior ao salário-mínimo vigente à época do crime. Na hipótese, o réu é tecnicamente primário: e a "res furtivae". avaliada em R$ 500.00, inferior ao salário-mínimo da época, que era de R$ 724.00. Reconhecido o privilégio legal.

4.PENA. DOSIMETRIA. Pena de partida fixada em 1 ano de reclusão. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO AQUÉM DO MlNIMO LEGAL IMPOSSIBILIDADE. impossibilidade de redução da pena base. na 2ª fase da dosimetria. aquém do mínimo legal, por força de circunstancias atenuantes. Princípios da individualização da pena e da legalidade que devem ser analisados e conjugados dentro de uma concepção mais ampla, atentando-se aos postulados da isonomia e da justiça. Sendo as penas mínima e máxima estabelecidas em virtude de cominação legal, não pode o juiz. ainda que reconheça a incidência de circunstâncias atenuantes ou agravantes, extrapolar os limites impostos pelo legislador Súmula 231 do B. ST), cuja constitucionalidade é reconhecida pelo E. STF. PRIVILÉGIO. MODALIDADE. Reconhecido o privilégio, viabilizam-se três alternativas ao julgador: substituição da pena de reclusão pela de detenção; diminuição da pena de um a dois terços; ou, ainda, aplicação somente da pena de multa. Considerando que o réu ostenta condenação provisória pela prática de crime de furto majorado qualificado tentado, além de responder a 9 outros processos-crime pelo cometimento de crime de furto (em suas mais variadas formas), tenho que o caso recomende, dentre as três opções previstas pela norma, a substituição da pena reclusiva pela detentiva. Pena definitivada em 1 ano de detenção.

5. MULTA. ISENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Inviável a suspensão/isenção da pecuniária imposta, por tratar-se de pena cumulativa, prevista expressamente em lei, de aplicação cogente, portanto, sem afrontar o princípio da intranscendência das penas – art. 5º, XLV da CF. Eventual impossibilidade de pagamento, pelo invocado estado de pobreza, deve ser alegada no juízo da execução, não competindo a análise ao juízo do conhecimento. Inviabilidade da isenção requerida, por ausência de previsão legal.

APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. PRIVILÉGIO RECONHECIDO. SUBSTITUÍDA A RECLUSÃO POR

DETENÇÃO. DEMAIS DISPOSIÇÕES SENTENCIAIS MANTIDAS.

Na petição de recurso especial, a defesa aponta violação ao disposto no art. 155, § 2º, do Código Penal. Sustenta, em síntese, a aplicação somente da pena de multa, em razão da ausência de fundamentação na escolha do benefício pelo reconhecimento do furto privilegiado.

Contrarrazões às fls. 203/206.

Admitido o recurso (fls. 208/221), os autos vieram a esta Corte.

Parecer ministerial pugnando pelo desprovimento do recurso (fls. 233/239).

É o relatório. Decido.

O recurso merece provimento.

No caso dos autos, o Tribunal de origem optou pela substituição da pena de reclusão pela detenção, mediante seguinte fundamentação (fl. 179):

> *Considerando que, conforme análise de seus antecedentes (fls. 57/63), o agente ostenta condenação provisória e processos-crime em andamento, tenho que o caso recomende, dentre as três opções previstas pela norma, a substituição da pena reclusiva pela detentiva.*

Todavia, em casos semelhantes, esta Corte Superior entende que, quando aplicada a pena no mínimo legal, tratando-se de agente primário e de bons antecedentes, inclusive substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a escolha do benefício constante do art. 155, § 2º, do Código Penal, deve ser aplicada em sua forma mais branda, qual seja, a substituição da pena reclusiva por multa.

Nesse sentido:

> *PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FURTO. SUBTRAÇÃO DE UMA BICICLETA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO DA FIGURA PRIVILEGIADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE RECLUSÃO POR DETENÇÃO. ILEGALIDADE. PENA NO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO POR MULTA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a*

incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: 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. 3. Não restaram preenchidos os requisitos para a aplicação do princípio da insignificância, porquanto o valor atribuído a res furtiva não é irrisório, aproximando-se a 17% do salário mínimo vigente à época dos fatos (R$ 510,00), além do mais é o paciente contumaz na prática delitiva. ***4. Entende esta Corte que a despeito de o paciente possuir ações penais em andamento, se tecnicamente primário, de bons antecedentes e se fixada a pena no mínimo legal, a privilegiadora constante do art. 155, § 2º, do Código Penal, deve ser aplicada em sua forma mais benéfica, qual seja, a substituição da pena reclusiva por multa.*** *5. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para que o juízo das execuções proceda ao arbitramento do valor da multa aplicada em substituição à pena detentiva, em virtude do reconhecimento da privilegiadora constante do art. 155, § 2º, do Código Penal, em sua forma mais benéfica. (HC 246.795/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 01/04/2016 - Grifo Nosso).*

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO PRIVILEGIADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DE PEDIDO JÁ JULGADO PELA QUINTA TURMA. RECONHECIMENTO DA FIGURA PRIVILEGIADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE RECLUSÃO POR DETENÇÃO. ILEGALIDADE. PENA NO MÍNIMO LEGAL SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. SUBSTITUIÇÃO POR MULTA. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, CONCEDIDA. 1. Quanto ao pedido de reconhecimento da atipicidade da conduta em razão da incidência do princípio da insignificância, o habeas corpus não pode ser conhecido, pois consubstancia-se em mera reiteração de pedido, vez que, apesar de se voltar contra acórdão diverso - apelação interposta contra decisão de rejeição da denúncia -, possui as mesmas partes, o mesmo fundamento, o mesmo processo originário e idêntico objeto ao do HC n.º 164.799/RS, de minha relatoria, denegado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. 2. Quando o Magistrado reconhece a figura do furto privilegiado, deve declinar as suas razões para optar por quaisquer dos privilégios constantes no § 2.º do art. 155 do Código Penal. A inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República. ***3. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quando é aplicada a pena privativa de liberdade no mínimo legal, substituída por sanções restritivas de direitos, ao Paciente primário e de bons antecedentes, não há razão para se obstar a concretização do privilégio em sua forma mais benéfica, consistente na substituição da pena de reclusão por multa.*** *4. No caso, o Tribunal a quo reconheceu que o Paciente era primário e não ostentava maus antecedentes, apesar de ter*

contra si diversas ações penais em andamento. Assim, pertinente a aplicação da forma mais benéfica do privilégio. 5. Ordem de Habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa parte, concedida, para substituir a pena de detenção por pena de multa, a ser estabelecida segundo o prudente arbítrio do Juízo a quo. (HC 274.427/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 10/10/2013 - Grifo Nosso).

Ante o exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, dou provimento ao recurso especial para, nos termos do art. 155, § 2º, do CP, determinar que o Tribunal de Justiça aplique somente a pena de multa.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 16 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator