

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 527.559 - SP (2019/0242600-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MARCO CHRISTIANO CHIBEBE WALLER - SP282172
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO ROBERTO RIBEIRO FENZ (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **PAULO ROBERTO RIBEIRO FENZ**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado como incurso no art. 155, *caput*, do Código Penal, por ter subtraído "dois litros de azeite da marca Tradição e dois pacotes de linguça, avaliados num valor total de R\$ 41,96, pertencentes ao mercado Nosso Empório." (e-STJ, fl. 15).

O Juízo da 14ª Vara do Foro Central Criminal da Barra Funda/SP absolveu o acusado, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, aplicando o princípio da insignificância ao caso.

Interposto recurso de apelação pelo Ministério Público Estadual, a Corte de origem deu provimento ao reclamo para condenar o réu à pena de 1 ano e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 11 dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração ao artigo 155, *caput*, do Código Penal.

O acórdão restou assim ementado:

"Apelação Criminal Recurso Ministerial Furto consumado - Réu absolvido em primeira instância por atipicidade da conduta por considerar o Juiz sentenciante cabível a aplicação do princípio da insignificância. Condenação necessária. PENAS Pena-base fixada no mínimo legal. Agravante da reincidência que prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea. Regime fechado. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO." (e-STJ, fl. 49).

Neste *writ*, a Defensoria Pública estadual sustenta, em síntese, que: a) a conduta do paciente é atípica, não implicando em lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Afirma que estão presentes, no caso, os requisitos objetivos para a aplicação do princípio da insignificância e que a reincidência ou os maus antecedentes do paciente não impossibilitam a aplicação do citado princípio; b) a reincidência do paciente não obsta a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena, sob pena de manifesta desproporcionalidade, tendo em vista a quantidade de pena aplicada.

Requer a concessão da ordem para que o paciente seja absolvido. Subsidiariamente, pleiteia a alteração do regime inicial para aberto ou semiaberto.

O pedido liminar foi deferido para que o paciente aguardasse o julgamento do *writ* no regime semiaberto (e-STJ, fls. 57-59).

Em parecer proferido à fl. 102 (e-STJ), o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, fixando-se o regime inicial semiaberto.

Superior Tribunal de Justiça

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.

Feitas tais considerações, passo à análise dos fundamentos do *writ*, de forma a aferir a eventual ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

Na hipótese dos autos, a Corte local rechaçou a incidência do princípio da insignificância nos seguintes termos:

"Não há que se confundir valor insignificante com bem de pequeno valor, sendo certo que a Legislação prevê a possibilidade de pena mais branda nos casos em que resta reconhecido o furto privilegiado. Outrossim, o apelado é reincidente específico em crimes contra o patrimônio, estava em cumprimento de pena em regime aberto, frustrando, assim, a confiança estatal nele depositada. Assim, afastado o princípio da insignificância aplicado ao presente caso, a condenação é medida de rigor." (e-STJ, fl. 52)

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 as instâncias ordinárias entenderem ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas.

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).

Superior Tribunal de Justiça

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 casu, o princípio bagatela foi afastado com base na reincidência específica do paciente, tendo a Corte de origem concluído não ser recomendável o reconhecimento da atipicidade da conduta, ressaltando que o paciente praticou o crime quando estava cumprindo pena anteriormente estabelecida em regime prisional aberto. Nesse passo, não se constata qualquer ilegalidade a ser sanada, de ofício, nessa via.

Ademais, para rever o entendimento firmado na origem e concluir pela possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no presente caso seria necessário o reexame de provas, providência incabível na via do *habeas corpus*.

Por outro lado, o regime inicial fechado foi fixado no acórdão impugnado de acordo com a seguinte fundamentação:

"Finalmente, fixo o regime inicial fechado, por ser o único cabível ao réu em razão de sua reincidência." (e-STJ, fl. 53)

Contudo, na hipótese, verifica-se que as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis, tanto que a pena-base do paciente foi fixada no mínimo legal (e-STJ, fl. 52). Assim, o paciente, apesar de reincidente, teve sua pena definitiva fixada em 1 ano e 2 meses de reclusão.

Com efeito, saliente-se que "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir, exige motivação idônea" (Súmula 719/STF). Nesse sentido, cumpre ressaltar que "não é possível a imposição de regime fechado, com base apenas na reincidência do paciente, visto que condenado à pena igual ou inferior a quatro anos e favoráveis as circunstâncias judiciais. Súmula n.º 269 do Superior Tribunal de Justiça." (HC 257.143/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 04/04/2014).

A propósito:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO. PLEITO DE ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA PARA O ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. REGIME INTERMEDIÁRIO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. SÚMULA N. 269/STJ. PRECEDENTES. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que, sendo consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59, do Código Penal, e a pena privativa de liberdade for inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, afigura-se possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto aos condenados reincidentes, como se deu no caso dos autos. Inteligência da Súmula n. 269 desta Corte Superior de Justiça. Precedentes.

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 1199852/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 30/04/2018);

Superior Tribunal de Justiça

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N.º 10.826/03. (1)IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. (3) REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME MENOS GRAVOSO. ENUNCIADO SUMULAR 269 DO STJ. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE OFÍCIO. (...)

2. É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Na espécie, o magistrado destaca que "o paciente possui dupla reincidência em pelo menos um crime praticado com particular violência à pessoa, roubo agravado pelo emprego de arma de fogo", fato que justifica o incremento da pena, em 1/3 (um terço), na segunda fase da dosimetria.

3. Não é possível a imposição de regime fechado, com base apenas na reincidência do paciente, visto que condenado à pena igual ou inferior a quatro anos e favoráveis as circunstâncias judiciais. Súmula n.º 269 do Superior Tribunal de Justiça.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime inicial semiaberto, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão." (HC 257.143/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 04/04/2014).

Ressalta-se, ademais, que os precedentes deste Tribunal exigem a cumulação da reincidência com valoração negativa das circunstâncias judiciais, para admitir, em situações semelhantes à dos autos, a fixação do regime fechado:

"PENAL. HC SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL VALORADA NA FORMAÇÃO DO JUÍZO CONDENATÓRIO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RÉU DUPLAMENTE REINCIDENTE. REGIME FECHADO MANTIDO. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA E *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO. (...)

5. No que se refere ao regime prisional, não se infere qualquer desproporcionalidade da imposição do meio inicialmente mais gravoso para o desconto da reprimenda, pois, nada obstante ser a pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, os maus antecedentes do acusado implicaram majoração da pena-base, tendo, ainda, sido reconhecida a sua dupla reincidência, não havendo se falar em negativa de vigência à Súmula/STJ 269.

6. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido, de ofício, tão somente para reduzir as penas para 2 (dois) anos e 11 (onze) meses

Superior Tribunal de Justiça

de reclusão e 17 (dezesete) dias-multa, ficando mantida, no mais, o teor da sentença condenatória." (HC 362.638/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 23/08/2016).

Portanto, cabível a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Porém, **concedo** a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, salvo se, por outro fato, o paciente estiver descontando pena em regime mais grave.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 1º de outubro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Ministro

