

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.550.027 - SP (2019/0224320-7)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
AGRAVANTE : GIMENES PINHEIRO DOS SANTOS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA - DEFENSORA
PÚBLICA - SP275887
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO SIMPLES. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. HABITUALIDADE DELITIVA. REINCIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIÁVEL. PRECEDENTES. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por GIMENES PINHEIRO DOS SANTOS contra a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que inadmitiu recurso especial, fundamentado no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, manifestado contra o acórdão prolatado na Apelação Criminal n.º 0024962-78.2016.8.26.0050.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o Agravante às penas de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime semiaberto, bem como ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, como incurso no art. 155, *caput*, do Código Penal.

Houve recurso de apelação somente defensiva, o qual foi negado provimento, ficando o acórdão assim ementado (fl. 148):

"APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO SIMPLES - Apelo defensivo fundado na atipicidade material - Descabimento - Reprovabilidade da conduta do acusado - Condenação mantida - Folha de antecedentes considerado documento válido - Pena-base bem lançada - Regime semiaberto fixado em benefício do acusado - Penas restritivas - Inviabilidade em face da insuficiência e ainda pelas circunstâncias pessoais do acusado - Recurso desprovido."

No recurso especial, a Defesa alega a violação do art. 386, inciso III, do

Código de Processo Penal, pugnando pela absolvição do Acusado, ante à atipicidade material da conduta, reconhecendo a aplicação do princípio da insignificância.

Requer, subsidiariamente, a fixação do regime aberto, afirmando que "*é completamente desproporcional que, somente devido à agravante da reincidência, o recorrente inicie a condenação em regime intermediário*" (fl. 180).

Por fim, pugna, conforme previsto no art. 44, § 3.º, do Código Penal, pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 186-194). Inadmitido o recurso de origem (fls. 197-198), adveio o presente agravo (fls. 206-220). Contraminutado às fls. 224-232.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do agravo para que o recurso especial tenha regular seguimento (fls. 246-250).

É o relatório.

Decido.

Evidenciada a viabilidade do agravo, prossegue-se na análise do recurso especial.

É cabível a aplicação do princípio da insignificância quando se evidencia que o bem jurídico tutelado (no caso, o patrimônio) sofreu mínima lesão e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social. Deve a sua incidência observar as peculiaridades do caso concreto, de forma a aferir o potencial grau de censurabilidade da conduta e identificar a necessidade, ou não, da utilização do direito penal.

Não se descarta que, diante do caráter fragmentário do direito penal moderno, segundo o qual se devem tutelar apenas os bens jurídicos de maior relevo, somente justificam a efetiva movimentação da máquina estatal os casos que implicam lesões de significativa gravidade.

É certo, porém, que o pequeno valor da vantagem patrimonial ilícita não se traduz, automaticamente, no reconhecimento do crime de bagatela.

Na hipótese dos autos, porém, não há como se afirmar o desinteresse estatal à repressão da conduta praticada pelo Agravante.

Nesse aspecto, não se mostra possível reconhecer um reduzido grau de

reprovabilidade na conduta de quem, de forma reiterada, comete vários delitos ou comete habitualmente atos infracionais.

Como bem esclareceu a eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA, do Supremo Tribunal Federal, ao Relatar o HC 133.252/MG:

"O princípio da insignificância não foi formulado para resguardar e legitimar constantes condutas juridicamente desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta de mínima ofensividade, considerados isoladamente, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto.

Comportamentos contrários à lei penal, mesmo insignificantes, quando constantes, devido à reprovabilidade, perdem a condição de configurar bagatela, devendo ser submetidos ao direito penal" (HC 133.252/MG, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2016.)

Na hipótese, constata-se que o valor da *res furtiva* – 3 peças de picanha, estimados em R\$ 180,00 (cento e oitenta reais) (fl. 13) – é superior a 10% (dez por cento) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Assim, a referida quantia, nos termos do entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, não pode ser considerada insignificante.

A esse respeito, confira-se:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO PRIVILEGIADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR DO BEM SUBTRAÍDO. INAPLICABILIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que, não se há falar em aplicação do princípio da insignificância quando o valor da res furtiva ultrapassar o montante de 10% (dez por cento) do salário mínimo vigente à época do fato. Precedentes. (AgInt no HC n. 299.297/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 31/5/2016, grifei).

Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 1.365.757/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 12/11/2018; sem grifos no original.)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA.

[...]

3. Ademais, os bens subtraídos foram avaliados em R\$ 129,32 (cento e vinte e nove reais e trinta e dois centavos), valor que não pode ser considerado insignificante, tendo em vista representar mais de 10%

(dez por cento) do salário mínimo vigente à época do fato (R\$ 724,00 – setecentos e vinte e quatro reais – Decreto n. 8.166/2013).

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 1.275.793/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe de 19/06/2018; sem grifos no original.)

Portanto, o entendimento adotado no acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência deste Tribunal Superior, no sentido de que *"a reiteração delitiva tem sido compreendida como obstáculo inicial à tese da insignificância, por evidenciar maior grau de reprovabilidade da conduta do acusado, ressalvada excepcional peculiaridade do caso penal"* (AgRg no AREsp 904.286/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 7/12/2016; sem grifos no original).

Nesse sentido, colaciono julgado da Sexta Turma do STJ, de minha relatoria:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR DO OBJETO SUBTRAÍDO. SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO. ARROMBAMENTO DE IMÓVEL. HABITUALIDADE CRIMINOSA. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. TIPICIDADE MATERIAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

3. A habitualidade delitiva, demonstrada por prévia condenação penal definitiva pelo delito de desobediência e por anotações penais anteriores por delitos patrimoniais, impede a aplicação do princípio da insignificância.

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.793.212/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 10/09/2019.)

Nesse mesmo sentido:

"RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. HABITUALIDADE DELITIVA. PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS FISCAIS. COMPROVAÇÃO. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. INSURGÊNCIA PROVIDA.

1. A aplicação do princípio da insignificância, causa excludente de tipicidade material, admitida pela doutrina e pela jurisprudência em observância aos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, demanda o exame do preenchimento de certos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para o seu reconhecimento, traduzidos no reduzido valor do bem tutelado e na favorabilidade das

circunstâncias em que foi cometido o fato criminoso e de suas consequências jurídicas e sociais.

2. A reiteração delitiva, por denotar a maior reprovabilidade da conduta incriminada, deve ser considerada para fins de aplicação do princípio da insignificância, mormente porque referida excludente de tipicidade não pode servir como elemento gerador de impunidade.

3. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais, apesar de não configurar reincidência, é suficiente para caracterizar a habitualidade delitiva e, por consequência, afastar a incidência do princípio da insignificância, não podendo ser considerada atípica a conduta.

4. Recurso especial provido." (REsp 1.736.493/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 31/08/2018; sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. DESCAMINHO. EXISTÊNCIA DE OUTROS PROCEDIMENTOS FISCAIS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. HABITUALIDADE DELITIVA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. JULGADO QUE NÃO REVOLVEU MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 334 DO CP; E 20 DA LEI N. 10.522/2002. GUERREADO ACÓRDÃO EM DISSONÂNCIA COM A MODERNA ORIENTAÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS COMO SUPORTE PARA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. PRECEDENTES DO STJ.

[...]

3. A decisão agravada está em harmonia com a jurisprudência desta Corte, firmada no sentido da não incidência do princípio da insignificância nos casos em que o réu é reiteradamente autuado em processos administrativo-fiscais, como é o caso dos autos.

4. A existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais, em que pese não configurarem reincidência, denotam a habituação delitiva do réu e afastam, por consectário, a incidência do princípio da insignificância. Precedentes (RHC n. 51.430/PR, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 15/4/2016).

5. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1.732.992/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 04/09/2018; sem grifos no original.)

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ENTENDIMENTO DA TERCEIRA SEÇÃO.

ERESP 1.276.607/RS. NECESSIDADE DE SE VERIFICAR AS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE. REITERAÇÃO DELITIVA. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO, RESSALVADA A POSSIBILIDADE DE, NO CASO CONCRETO, AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS VERIFICAREM QUE A MEDIDA É SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. No caso de comportamento delitivo reiterado do agente, pacificou-se nesta Corte tese no sentido de que não há como excluir a tipicidade material à vista apenas do valor da evasão fiscal, sendo inaplicável o reconhecimento do caráter bagatela da conduta em razão do elevado grau de reprovabilidade do comportamento e do maior potencial de lesividade ao bem jurídico tutelado, exceto quando as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.

2. Apesar de inquéritos policiais, ações penais em curso ou procedimentos administrativos fiscais não servirem para configurar antecedentes criminais, conforme determina a Súmula 444 do STJ, podem servir como indicativos para a reiteração delitiva, apto a afastar a incidência do princípio da insignificância.

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1.751.686/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018; sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE MATERIAL. RÉU QUE OSTENTA REGISTROS E CONDENAÇÕES ANTERIORES PELA PRÁTICA DE DELITOS CONTRA O PATRIMÔNIO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O princípio da insignificância é inaplicável na hipótese em que o réu conta com condenações anteriores ou, até mesmo, inquéritos policiais ou ações penais em curso, haja vista que, embora possa se falar em agente tecnicamente primário, referida situação pessoal evidencia a habitualidade delitiva, não podendo ser tolerada pelo Direito Penal. Precedentes.

2. Inviável reconhecer a atipicidade material, in casu, porquanto o paciente ostenta registros e condenações anteriores pela prática de crimes contra o patrimônio, circunstância apta a justificar a incidência da lei penal como instrumento de inibição à reiteração delitiva.

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 1.150.475/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 06/04/2018.)

Por fim, em relação ao pleito da Defesa, quanto à fixação da pena no regime aberto e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, o

juiz de primeiro grau assim dispôs (fl. 84):

"A pena corporal deverá ser cumprida em regime inicial semiaberto, considerando que o réu é reincidente. Incabíveis os benefícios da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos bem como da suspensão da pena."

A Corte estadual manteve a decisão, nas seguintes razões de decidir (fl. 156):

"Sendo o acusado portador de maus antecedentes e reincidente, o regime deveria ser o inicial fechado, pois as circunstâncias escapam do teor da Súmula nº 269 do STJ.

Entretanto, e uma vez mais, fica a conclusão mantida, forte no ne reformatio in pejus.

As penas restritivas são inviáveis.

É verdade que o acusado não é reincidente específico, o que poderia atrair a incidência do artigo 44, §3º do Código Penal.

[...]

Da leitura do postulado, possível extrair que a aplicação é restrita a apenas uma reincidência (vide as expressões 'reincidente' e 'condenação anterior').

Não obstante, o acusado é portador de maus antecedentes e reincidente, o que denota que a medida não é 'socialmente recomendável', em razão da insuficiência (art. 44, III do Código Penal)."

Como se vê, o entendimento adotado pelas instâncias ordinárias está em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, porquanto, embora a sanção corporal imposta ao Agravante não ultrapasse quatro anos de reclusão, na hipótese dos autos, está plenamente justificada a fixação no regime semiaberto e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista o reconhecimento da reincidência e dos maus antecedentes.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. CONFISSÃO. ATENUANTE. ART. 65, III, "D", DO CÓDIGO PENAL – CP. FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. DEMAIS PROVAS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO

EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

3. *Embora a reprimenda não tenha ultrapassado 4 anos, as circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência justificam a fixação do regime inicial semiaberto, bem como impedem a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.*

4. *Habeas corpus não conhecido.*" (HC 432.947/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2019, DJe 16/04/2019.)

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. ART. 1.º DA LEI N.º 8.176/91. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ESGOTAMENTO DA JURISDIÇÃO ORDINÁRIA. REFORMATIO IN PEJUS, AFRONTA À COISA JULGADA E AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO CONFIGURADAS. PRECEDENTES. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONDIÇÕES JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

[...]

3. *A despeito de ter sido imposta reprimenda privativa de liberdade inferior a 4 (quatro) anos de detenção, a exasperação da pena-base em razão da existência de circunstâncias desfavoráveis - maus antecedentes e circunstâncias do crime -, bem como a verificação da reincidência do Paciente, são fundamentos idôneos para justificar a fixação do regime inicial semiaberto, bem como a negativa no tocante à substituição por restritivas de direitos.*

4. *Ordem de habeas corpus denegada.*" (HC 468.126/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 23/11/2018)

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de abril de 2020.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora