



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 496.696 - SP (2019/0063204-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDERSON DE FREITAS FRANCISCO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO. ABSOLVIÇÃO. EXCLUDENTE DE ILICITUDE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESNECESSIDADE DE POSSE MANSA E PACÍFICA DO BEM. CRIME CONSUMADO. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. RECONHECIDA COM BASE EM FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO MANTIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS INCABÍVEL. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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.

2. O *habeas corpus* não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, pela incidência de excludente de ilicitude (CP. art. 23), em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

3. 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.

4. No caso, verifica-se a contumácia delitiva do réu, em especial crimes patrimoniais, pois ostenta diversos apontamentos em sua folha de antecedentes criminais, o que demonstra desprezo sistemático pelo cumprimento do ordenamento jurídico. Nesse passo, de rigor a inviabilidade do reconhecimento da atipicidade material, por não restarem demonstradas as exigidas mínima ofensividade da conduta e ausência de periculosidade social da ação.

5. Considerando o valor da *res furtivae*, avaliada em R\$ 239,92 (duzentos e trinta e nove reais e noventa e dois centavos), portanto, superior a 10% do salário-mínimo à época do fato, em 2018, que correspondia a R\$ 954,00 (novecentos e cinquenta e quatro reais), resta superado o critério jurisprudencialmente adotado e, ausente, pois, o requisito da inexpressividade da lesão ao bem jurídico.

6. Não há se falar em desclassificação da conduta para a modalidade tentada, pois, nos termos do decidido pela Terceira Seção deste Superior Tribunal no julgamento do Recurso Especial n. 1.499.050/RJ, submetido ao rito dos recursos repetitivos, "consoma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada". Mais recentemente, em 14/09/16, a Terceira Sessão aprovou a Súmula n. 582, com a mesma redação.

7. Nos termos da jurisprudência desta Corte, "a folha de antecedentes criminais é documento hábil e suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência, não sendo necessária a apresentação de certidão cartorária" (HC 291.414/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/9/2016, DJe 30/9/2016).

8. Em que pese tenha sido imposta reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, tratando-se de réu reincidente, não há falar em fixação do regime prisional semiaberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "b", do CP.

9. O art. 44 do Código Penal estabelece que será admitida a conversão da pena corporal por restritiva de direitos se "a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente". No caso em análise, o Tribunal de origem asseverou não ser admissível a concessão do benefício, em razão das circunstâncias concretas da conduta, máxime em virtude da dupla reincidência do réu, o qual, além de ostentar diversas anotações em sua folha de antecedentes, possui duas condenações transitadas em julgado pelo crime de roubo, sem que possa inferir *bis in idem* ou arbitrariedade em tal conclusão.

10. *Writ* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 04 de abril de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 496.696 - SP (2019/0063204-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDERSON DE FREITAS FRANCISCO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de **EDERSON DE FREITAS FRANCISCO** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano de reclusão, em regime prisional semiaberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, do Código Penal (e-STJ, fls. 35-37).

Irresignada, a defesa apelou ao Colegiado de origem, pugnando pela absolvição do réu pela atipicidade material da conduta. O recurso, contudo, restou desprovido, nos moldes da seguinte ementa:

"APELAÇÃO CRIMINAL FURTO SIMPLES ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA COM BASE NO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA IMPOSSIBILIDADE “Res furtiva” de valor que não pode ser considerado insignificante ou irrisório. Réu reincidente, demonstrando habitualidade criminoso e maior reprovabilidade da conduta. Ausência dos requisitos do denominado princípio da insignificância. Recurso não provido" (e-STJ, fl. 25).

Neste *writ*, a Defensoria Pública estadual repisa o pleito de absolvição do paciente, por ter entendido que ele agiu em estado de necessidade, bem como em virtude da insignificância da *res furtivae*.

Alega, por outro lado, que os maus antecedentes, assim como a reincidência, somente podem ser reconhecidos através de certidão de condenação anterior, sendo insuficiente a juntada de folha de antecedentes criminais.

Sustenta que é necessária a posse mansa e pacífica do bem para a consumação do crime de furto e, no caso, tão logo a *res* foi subtraída, iniciou-se a perseguição que culminou, inclusive, na prisão do paciente.

Defende, ainda, ser cabível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, § 3º, do CP, por ser tal medida socialmente recomendável, assim como a fixação do regime prisional aberto, em atendimento ao princípio da insignificância.

Pugna, assim, pela concessão da ordem, a fim de absolver o réu, ou, subsidiariamente, afastar a reincidência; reconhecer a tentativa; substituir a pena corporal por restritiva de direitos e fixar o regime prisional aberto.

Sem pedido de liminar, a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 82-87).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 496.696 - SP (2019/0063204-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDERSON DE FREITAS FRANCISCO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO. ABSOLVIÇÃO. EXCLUDENTE DE ILICITUDE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESNECESSIDADE DE POSSE MANSA E PACÍFICA DO BEM. CRIME CONSUMADO. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. RECONHECIDA COM BASE EM FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO MANTIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS INCABÍVEL. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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.

2. O *habeas corpus* não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, pela incidência de excludente de ilicitude (CP. art. 23), em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

3. 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.

4. No caso, verifica-se a contumácia delitiva do réu, em especial crimes patrimoniais, pois ostenta diversos apontamentos em sua folha de antecedentes criminais, o que demonstra desprezo sistemático pelo cumprimento do ordenamento jurídico. Nesse passo, de rigor a inviabilidade do reconhecimento da atipicidade material, por não restarem demonstradas as exigidas mínima ofensividade da conduta e ausência de periculosidade social da ação.

5. Considerando o valor da *res furtivae*, avaliada em R\$ 239,92 (duzentos e trinta e nove reais e noventa e dois centavos), portanto, superior a 10% do salário-mínimo à época do fato, em 2018, que correspondia a R\$ 954,00 (novecentos e cinquenta e quatro reais), resta superado o critério jurisprudencialmente adotado e, ausente, pois, o requisito da inexpressividade da lesão ao bem jurídico.

6. Não há se falar em desclassificação da conduta para a modalidade tentada, pois, nos termos do decidido pela Terceira Seção deste Superior Tribunal no julgamento do Recurso Especial n. 1.499.050/RJ, submetido ao rito dos recursos repetitivos, "consoma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada". Mais recentemente, em 14/09/16, a Terceira Sessão aprovou a Súmula n. 582, com a mesma redação.

7. Nos termos da jurisprudência desta Corte, "a folha de antecedentes criminais é documento hábil e suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência, não sendo necessária a apresentação de certidão cartorária" (HC 291.414/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/9/2016, DJe 30/9/2016).

8. Em que pese tenha sido imposta reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, tratando-se de réu reincidente, não há falar em fixação do regime prisional semiaberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "b", do CP.

9. O art. 44 do Código Penal estabelece que será admitida a conversão da pena corporal por restritiva de direitos se "a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente". No caso em análise, o Tribunal de origem asseverou não ser admissível a concessão do benefício, em razão das circunstâncias concretas da conduta, máxime em virtude da dupla reincidência do réu, o qual, além de ostentar diversas anotações em sua folha de antecedentes, possui duas condenações transitadas em julgado pelo crime de roubo, sem que possa inferir *bis in idem* ou arbitrariedade em tal conclusão.

10. *Writ* não conhecido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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.

Ademais, o *habeas corpus* não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, pela incidência de excludente de ilicitude (CP. art. 23), em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

No caso, o Magistrado processante condenou o réu pela prática do crime de furto, asseverando:

"Fundamento e decido. Procede a acusação. Comprovou-se a materialidade pelo auto de exibição e apreensão (fl.54). A autoria é certa. O réu, na fase extrajudicial, confessou o delito. Ratificou-se a confissão em juízo. As versões, apresentadas na delegacia de polícia e em juízo, referentes à motivação do delito são totalmente contraditórias, razão pela qual refuto a tese do estado de necessidade. Além disso, verifica-se que os bens furtados não são de natureza alimentar. O representante da vítima, na fase administrativa e em juízo, narrou que é gerente no estabelecimento comercial e na data dos fatos, foi informado por outro funcionário que um indivíduo havia ingressado no local e furtado algumas peças de vestuário, momento em que saiu correndo e conseguiu deter o réu na posse dos bens



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

subtraídos. O Guarda Civil Municipal, ouvido na fase administrativa, historiou que, durante patrulhamento, foi abordado pelo representante da vítima, que informou ter detido o acusado com objetos furtados de seu estabelecimento comercial.

Da mesma forma, não procede o pleito defensivo para reconhecimento da tentativa. Com efeito, o delito de furto consuma-se quando o agente se torna possuidor res furtiva, ainda que por curto espaço de tempo, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima. Nesse quadro, a retomada do bem por meio de perseguição imediata não implica o reconhecimento da tentativa (STJ, REsp nº 42.658, rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima; REsp nº 615.716, rel.

Min. Gilson Dipp; REsp nº 479.695, rel. Ministra Laurita Vaz). No caso vertente, conforme se depreende dos autos, o réu apoderou-se dos bens, passou pelo caixa e deixou a loja carregando-os, somente sendo preso quando se encontrava do lado de fora. Em outras palavras, teve a posse dos bens, ainda que por breve tempo e sem que os mesmos tivessem escapado da esfera de vigilância da vítima, o que, todavia, basta à consumação do delito. Descabido o princípio da insignificância.

O acusado ostenta diversos apontamentos criminais o que, de acordo com pacífica jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, impede a aplicação do princípio da insignificância.

Portanto, comprovado o delito de furto simples consumado" (e-STJ, fls. 36-37).

O Colegiado de origem, a seu turno, manteve a condenação do réu pelos seguintes fundamentos:

"Com efeito, indiscutível a materialidade delitiva em face do boletim de ocorrência (fls. 36/38), do auto de exibição, apreensão, constatação e entrega (fls. 54), bem como da prova oral.

Da mesma forma, comprovada ficou a autoria, tendo em vista a confissão do réu em Juízo, que foi corroborada pelo depoimento prestado pelo representante da empresa-vítima, Keit Nathan Neves Rego (fls. 149/151 gravações audiovisuais).

Assim sendo e comprovadas, de forma clara e irrefutável, a materialidade e autoria do delito, correta a solução condenatória.

Pleiteou o ora apelante o reconhecimento da atipicidade da conduta, mediante a aplicação do princípio da insignificância.

Contudo, tal tese não merece prosperar, porquanto, conforme entendimento consagrado em nossos tribunais, para aplicação de tal princípio devem ser conjugados os seus vetores caracterizadores, a saber: a mínima ofensividade da conduta do agente;

a ausência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Contudo, tal tese não merece prosperar, porquanto, no caso dos autos, os objetos do crime, avaliados em R\$ 239,92 (fls. 54), não podem ser considerados de valor insignificante ou irrisório.

Além disso, o réu é reincidente (fls. 143/144), inclusive pela prática de crimes contra o patrimônio, revelando habitualidade criminosa e, conseqüentemente, maior reprovabilidade de sua conduta, de forma a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

excluir completamente a possibilidade de reconhecimento do princípio da insignificância, que, conforme já mencionado, tem como requisito, dentre outros, a ausência de reprovabilidade da conduta.

[...]

No mais, irrelevante para a configuração do delito que a res furtiva tenha sido recuperada e a empresa-vítima não tenha sofrido efetivo prejuízo.

Portanto, impossível falar em absolvição baseada no princípio da insignificância.

Da mesma forma, inviável o reconhecimento do furto famélico. Com efeito, muito embora o réu tenha alegado que passava por dificuldades financeiras, se ele realmente estivesse em uma situação iminente de risco de sobrevivência, não seriam calças que furtaria. Além disso, o réu não fez prova de seu estado de miserabilidade, o que lhe competia.

[...]

Ademais, é pacífico o entendimento, na doutrina e na jurisprudência, de que a simples alegação de dificuldades financeiras não é suficiente para caracterizar a figura do furto famélico, devendo o agente valer-se de meios lícitos para superar tais dificuldades, como o auxílio de parentes e amigos, ou trabalho sem vínculo empregatício, junto à economia informal.

Outrossim, também não se pode cogitar da desclassificação do delito para a modalidade tentada, porquanto, no caso dos autos, o réu efetivamente subtraiu as peças de roupa da loja e fugiu, invertendo a posse do bem, tendo sido abordado somente na via pública, em local diverso e distante da saída da loja, e a “res” recuperada graças à eficiente ação da testemunha Keit.

Neste contexto, foi percorrido todo o “iter criminis”, tendo havido a subtração e a posse da “res”, fora da esfera de disponibilidade da vítima, ainda que por breve lapso de tempo.

Em tais circunstâncias, impõe-se, efetivamente, a condenação, nos termos da sentença monocrática" (e-STJ, fls. 27-31).

Nesse contexto, se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, ser o réu autor do delito descrito na exordial acusatória, a análise das alegações concernentes ao pleito de absolvição demandaria exame detido de provas, inviável em sede de *writ*.

Ademais, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

In casu, verifica-se a contumácia delitiva do réu, em especial crimes patrimoniais, pois ostenta diversos apontamentos em sua folha de antecedentes criminais, o que demonstra desprezo sistemático pelo cumprimento do ordenamento jurídico. Nesse passo, de rigor a inviabilidade do reconhecimento da atipicidade material, por não restarem demonstradas as exigidas mínima ofensividade da conduta e ausência de periculosidade social da ação.

Ainda que assim não fosse, considerando o valor da *res furtivae*, avaliada em R\$ 239,92 (duzentos e trinta e nove reais e noventa e dois centavos), portanto, superior a 10% do salário-mínimo à época do fato, em 2018, que correspondia a R\$ 954,00 (novecentos e cinquenta e quatro reais), resta superado o critério jurisprudencialmente adotado e, ausente, pois, o requisito da inexpressividade da lesão ao bem jurídico.

Tais circunstâncias, decerto, obstam o reconhecimento da atipicidade material, por não restarem demonstradas as exigidas: mínima ofensividade da conduta e ausência de periculosidade social da ação, bem como em razão da contumácia do paciente na prática de delitos contra o patrimônio.

Por outro lado, não há falar em desclassificação da conduta para a modalidade tentada, pois, nos termos do decidido pela Terceira Seção deste Superior Tribunal no julgamento do Recurso Especial n. 1.499.050/RJ, submetido ao rito dos recursos repetitivos, "consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desviada". Mais recentemente, em 14/09/16, a Terceira Sessão aprovou a Súmula n. 582, com a mesma redação.

Quanto à dosimetria, está inscrito na sentença condenatória:

"Passo à dosagem da pena. Tendo em vista as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, fixo a pena base em 1 ano de reclusão e pagamento de 10 dias-multa. Na segunda fase da dosimetria, em razão da reincidência (fls.143-4) e da atenuante da confissão a pena permanece inalterada. Registre-se, de acordo com tranquila jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, a desnecessidade de certidão cartorária para a comprovação da reincidência. Incabível o privilégio previsto no parágrafo 2º do art. 155 do Código Penal, tendo em vista que o acusado ostenta diversos apontamentos criminais, com duas condenações por roubo, com trânsito em julgado, inclusive. O valor do dia multa será o mínimo legal (1/30 do valor do salário mínimo à época dos fatos), ante a condição econômica do acusado (não há elementos a justificar a fixação acima deste patamar). O réu iniciará o cumprimento da pena em regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33 do Código Penal, tratando-se de acusado reincidente. Regime mais brando não seria suficiente para prevenção e reprovação do delito. Ante o exposto, julgo procedente a ação, para CONDENAR EDERSON DE FREITAS FRANCISCO a pena de 01 ano de reclusão, no regime inicial semiaberto, e pagamento de 10 dias-multa, no unitário mínimo, como incurso no *caput* artigo 155 do Código Penal. Faculto o apelo em liberdade" (e-STJ, fl. 37).

Nos termos da jurisprudência desta Corte, "a folha de antecedentes criminais é documento hábil e suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência, não sendo necessária a apresentação de certidão cartorária" (HC 291.414/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/9/2016, DJe 30/9/2016).

Quanto ao regime prisional, de acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". De igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

No caso dos autos, contudo, em que pese tenha sido imposta reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, tratando-se de réu reincidente, não há falar em fixação do regime prisional semiaberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "b", do CP.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO QUALIFICADO. TENTADO. REINCIDÊNCIA. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. PROPORCIONALIDADE. RAZOABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A reincidência constitui fundamento apto a promover o recrudescimento do regime prisional, porém nos moldes da razoabilidade e proporcionalidade.

2. A fixação de regime inicial fechado à réu mesmo que reincidente condenado à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, mostra-se desarrazoada, fazendo jus portanto ao regime inicial semiaberto.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 448.968/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/9/2018, DJe 24/9/2018, grifou-se).

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. AUMENTO DA PENA. INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. SÚMULA N. 443/STJ. REGIME FECHADO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS. RÉU REINCIDENTE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do *writ* somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de *habeas corpus*, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel.

Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005).

III - In casu, a pena foi exasperada, na terceira fase, na fração de 3/8 (três oitavos) em virtude da incidência de duas causas de aumento de pena, levando-se em conta apenas o número de majorantes contidas nos incisos I



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e II do § 2º do art. 157 do Código Penal.

Diante desse contexto, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, eis que o *quantum* de aumento de pena foi aplicado sem que houvesse a devida fundamentação, baseando-se apenas no número de majorantes, em desacordo com a orientação firmada na Súmula n.

443/STJ: "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes." (Precedentes).

IV - Os requisitos para a imposição do regime semiaberto, constam no art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos, bem como a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

V - Na hipótese, o paciente ostentar reincidência (fl. 57). Logo, fixada a pena em 5 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da sanção, nos termos do art. 33, §2º, alínea "b" e §3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para estabelecer a fração mínima legal de 1/3 (um terço) na terceira fase da dosimetria, em razão das majorantes do emprego de arma e concurso de pessoas, e redimensionar a pena do paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais pagamento de 12 (doze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 456.877/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 10/09/2018).

Lado outro, o art. 44 do Código Penal estabelece que será admitida a conversão da pena corporal por restritiva de direitos se "a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente". No caso em análise, o Tribunal de origem asseverou não ser admissível a concessão do benefício, em razão das circunstâncias concretas da conduta, máxime em virtude da dupla reincidência do réu, o qual, além de ostentar diversas anotações em sua folha de antecedentes, possui duas condenações transitadas em julgado pelo crime de roubo, sem que possa inferir *bis in idem* ou arbitrariedade em tal conclusão.

Ante o exposto, **não conheço** do writ.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0063204-1

HC 496.696 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00011318320168260540 11318320168260540 20180000832945

EM MESA

JULGADO: 04/04/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDERSON DE FREITAS FRANCISCO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.