



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 459.623 - SP (2018/0176124-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIO JACYNTHO SORGE - SP247667
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELVIS MENDES DOS SANTOS
PACIENTE : APARECIDO GONCALVES DIAS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. BENS AVALIADOS EM VALOR SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. REGIME PRISIONAL DO SEGUNDO PACIENTE. MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. RÉU REINCENTE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Esta Corte Superior tem seguido o entendimento de que para a aplicação do princípio da insignificância deverão ser observados os seguintes vetores: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) inexpressividade da lesão jurídica e d) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente. Tais vetores interpretativos encontram-se expostos de forma analítica no HC 84.412, Rel. Min. CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA do STF, julgado em 19/10/2004, DJ 19/11/2004.

3. Nos termos da jurisprudência consolidada por esta Corte, para aferir a relevância do dano patrimonial, leva em consideração o salário mínimo vigente à época dos fatos, considerando irrisório o valor inferior a 10% (dez por cento) do salário mínimo.

No caso concreto, conforme denúncia, os fatos ocorreram no dia 14 de setembro de 2016, quando o salário mínimo estava fixado em R\$ 880,00 (oitocentos e oitenta reais). Nesse contexto, seguindo a orientação jurisprudencial desta Corte, a quantia de R\$250,00 (duzentos e cinquenta reais), não pode ser considerada de valor ínfimo, por ser equivalente a quase 30% do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

4. Sobre o regime prisional, firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal – CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

In casu, ainda que a pena total aplicada ao paciente Aparecido Gonçalves Dias seja inferior a 4 anos de reclusão, no caso, por se tratar de réu reincidente e em razão da presença de circunstância judicial desfavorável, o regime prisional adequado à espécie seria o fechado, nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal – CP, inexistindo, portanto, constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício, uma vez que foi fixado ao paciente o regime inicial semiaberto.

5. *Habeas corpus* 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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 23 de outubro de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 459.623 - SP (2018/0176124-5)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIO JACYNTHO SORGE - SP247667
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELVIS MENDES DOS SANTOS
PACIENTE : APARECIDO GONCALVES DIAS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de ELVIS MENDES DOS SANTOS e APARECIDO GONCALVES DIAS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0001049-40.2016.8.26.0544.

Consta nos autos que os pacientes foram absolvidos, em primeira instância, da prática do crime previsto no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal – CP (furto qualificado).

Inconformado, o Ministério Público recorreu ao Tribunal de origem, que deu provimento ao recurso acusatório para "*condenar os recorridos pela prática do crime descrito no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal, Elvis Mendes dos Santos a pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, substituída a reprimenda por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviço à comunidade, a ser estabelecida pelo Juízo da Execução, por período igual ao da reclusiva e pecuniária de 10 (dez) dias-multa e mais 10 (dez) dias-multa; e para Aparecido Gonçalves Dias à pena de 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias, em regime semiaberto, mais pagamento de 12 (doze) dias-multa*" (fls. 58/70). O acórdão ficou assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA COM FUNDAMENTO NO ART. 386, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. APELO MINISTERIAL AFASTAMENTO DA ATIPICIDADE DE CONDUTA EM RAZÃO DO VALOR DA RES FURTIVA POSSIBILIDADE FATO TÍPICO INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL AUSÊNCIA DOS VETORES ESTABELECIDOS NAS CORTES SUPREMAS. RECURSO PROVIDO (fl. 59).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nas razões deste *writ*, a impetrante sustenta a atipicidade da conduta pela incidência do princípio da insignificância. Subsidiariamente, argumenta pela fixação do regime aberto em favor do paciente Aparecido Gonçalves Dias. Alega que, com exceção dos maus antecedentes, as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis e que a reincidência, por si só, não autoriza a imposição do regime semiaberto.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a absolvição dos pacientes ou, subsidiariamente, que seja fixado o regime inicial aberto em favor de Aparecido Gonçalves Dias.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 137/138).

Informações prestadas (fls. 144/173).

O Ministério Público Federal opinou "*pela extinção do writ sem resolução do mérito ou pela denegação da ordem*" (fls. 176/188).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 459.623 - SP (2018/0176124-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, no presente *writ*, seja reconhecida a atipicidade material da conduta imputada aos pacientes ao fundamento de que deve incidir na espécie o princípio da insignificância. Pleiteia, ainda, seja fixado o regime inicial aberto em favor de Aparecido Gonçalves Dias.

Sobre a atipicidade material da conduta, esta Corte Superior tem seguido o entendimento de que para a aplicação do princípio da insignificância deverão ser observados os seguintes vetores: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) inexpressividade da lesão jurídica e d) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente. Tais vetores interpretativos encontram-se expostos de forma analítica no HC 84.412, Rel. Min. CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2004, DJ 19/11/2004.

No julgamento do HC 123.108/MG, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 3/8/2015, DJe 1/2/2016 essas balizas foram revisitadas, conforme acórdão assim ementado:

"PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO SIMPLES. REINCIDÊNCIA.

1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo ("conglobante"), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou a contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados.

2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade.

3. No caso concreto, a maioria entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, reconhecendo, porém, a necessidade de abrandar o regime inicial de cumprimento da pena.

4 Ordem concedida de ofício, para alterar de semiaberto para aberto o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente." (HC 123.108/MG, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, TRIBUNAL PLENO, DJe 1/2/2016)

Como se vê, a Suprema Corte há tempos aplica o princípio da insignificância e este Tribunal Superior também tem seguido essa orientação jurisprudencial. Todavia, nos termos da jurisprudência consolidada do STJ, para aferir a relevância do dano patrimonial, leva em consideração o salário mínimo vigente à época dos fatos, considerando irrisório o valor inferior a 10% do salário mínimo.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FURTO TENTADO. VALOR DA RES FURTIVAE INFERIOR A 10% (DEZ POR CENTO) DO SALÁRIO MÍNIMO. IRRELEVANTE LESÃO AO EM JURÍDICO. RÉ PRIMÁRIA. CONSUMAÇÃO OU DEVOLUÇÃO DA RES FURTIVAE. IRRELEVÂNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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, o que não ocorre na espécie.

2. 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 nº 84.412-0/SP, STF, Ministro CELSO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MELLO, DJU 19.11.2004)

3. Observa-se que os objetos do crime, consistentes em 01 (um) doce/chocolate Kinder, 02 (dois) cremes dentais Dentil Plus, 01 (um) creme de rosto Davene, 01 (um) creme Dove, 01 (um) sabonete Dog Clean, 01 (um) xampu Pucca, 01 (um) creme dental Colgate Smiles foram avaliadas em R\$ 43,09 (quarenta e três reais e nove centavos).

Trata-se de valor ínfimo, porquanto equivalente a 6,35% do salário-mínimo à época do fato, em 2013, que correspondia a R\$ 678,00 (seiscentos e setenta e oito reais), bastante aquém do critério informado jurisprudencialmente, o que denota a inexpressividade da lesão ao bem jurídico.

4. A inocorrência a consumação ou a devolução da res futivae à vítima não constitui, por si só, razão suficiente para a aplicação do princípio da insignificância, contudo, como a ré é primária e o valor da coisa é ínfimo, de rigor a aplicação da bagatela.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para trancar a ação penal instaurada em desfavor da paciente, com fundamento no reconhecimento da atipicidade material da conduta. (HC 303.829/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 09/11/2016)

PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES, DESTRUIÇÃO DE OBSTÁCULO E ESCALADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. NÃO OCORRÊNCIA. RESTITUIÇÃO DOS PRODUTOS SUBTRAÍDOS À VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA.

1. O princípio da insignificância propõe se excluam do âmbito de incidência do Direito Penal situações em que a ofensa concretamente perpetrada seja de pouca importância, ou seja, incapaz de atingir materialmente e de modo intolerável o bem jurídico protegido.

Entretanto, a aplicação do mencionado postulado não é irrestrita, sendo imperiosa, na análise do relevo material da conduta, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a ausência de periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. No caso, colhe-se da peça acusatória que, no dia 21 de junho de 2013, o paciente, em comunhão de esforços e conjugação de vontades com outro indivíduo ainda não identificado, subtraiu, para si, mediante rompimento de obstáculo e escalada, 9 (nove) frascos de energético, de 2 (dois) litros cada, e 11 (onze) frascos de cachaça, de 800 ml (oitocentos mililitros) cada, avaliados em R\$ 107,70 (cento e sete reais e setenta centavos). Na oportunidade, o paciente e o indivíduo ainda não identificado, conforme adrede combinado, arrombaram o portão fechado com cadeado, ingressaram no pátio do estabelecimento comercial, utilizaram uma escada que estava no local, escalaram a fachada do prédio, ingressaram por uma janela basculante, arrecadaram os objetos acima descritos e fugiram do local.

3. Tal o contexto, não há como reconhecer o reduzido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

grau de reprovabilidade ou a mínima ofensividade da conduta, de forma viabilizar a aplicação do princípio da insignificância, pois o valor atribuído aos bens subtraídos - R\$ 107,70 (cento e sete reais e setenta centavos) -, **embora não seja de grande monta, corresponde a aproximadamente 16% do salário mínimo vigente à época dos acontecimentos e não pode ser considerado inexpressivo ou irrelevante para fins de reconhecimento da atipicidade material do comportamento.** Além disso, o delito fora perpetrado em concurso de pessoas, mediante o rompimento de obstáculo e escalada, situação a evidenciar a relevância penal da conduta.

4. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o simples fato de os produtos subtraídos terem sido restituídos à ofendida não justifica, por si só, a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 365.071/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/11/2016).

No caso em análise, o Tribunal *a quo* consignou que o valor da *res furtiva* totalizava **R\$250,00 (duzentos e cinquenta reais)**. Eis o seguinte trecho do acórdão (fl. 153) :

No caso em tela, embora a vítima tenha dito que os bens subtraídos eram insignificantes, tanto assim que sequer foi recuperá-los na delegacia, o fato é que os bens foram avaliados em R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) fls. 26/28, quantia que a toda evidência não é irrisória.

Não devemos confundir delitos insignificantes com delitos de pequena lesividade material, porquanto, lesado o bem jurídico, como no caso presente, está tipificado o crime, independente do valor do prejuízo sofrido em decorrência da conduta criminosa.

[...]

*Ora, o valor estimado dos bens subtraídos é de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), o que para os padrões brasileiros não é pequeno, levando-se, também, em consideração que **por ocasião dos fatos equivalia a quase 30% do salário mínimo vigente na época.***

Conforme a denúncia, os fatos ocorreram no dia 14 de setembro de 2016, quando o salário mínimo estava fixado em R\$ 880,00 (oitocentos e oitenta reais). Nesse contexto, seguindo a orientação jurisprudencial desta Corte, a quantia de R\$250,00 (duzentos e cinquenta reais), não pode ser considerada de valor ínfimo, por superar 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos, porquanto equivalente a quase 30% do salário-mínimo à época do fato, em 2016, não podendo ser considerada irrisória.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte Superior, que restaram assim ementados:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. ATIPICIDADE DA CONDUTA NÃO EVIDENCIADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. VALOR DO PREJUÍZO SUPERIOR À 10% (DEZ POR CENTO) DO SALÁRIO MÍNIMO. RELEVANTE LESÃO AO BEM JURÍDICO. RECURSO EM HABEAS CORPUS NÃO PROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - O Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, em seu artigo 34, incisos XVIII, alínea "b", dispõe que o Relator pode proferir decisão monocrática para "negar provimento ao recurso ou pedido que for contrário a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema."

II - A jurisprudência do STJ não admite a aplicação do princípio da insignificância se o valor da(s) coisa(s) subtraída(s) equivale a mais de 10% do salário mínimo vigente à época do fato. Superado este aspecto, é de se notar que não socorre à defesa a hipótese de atipia consubstanciada no princípio da insignificância, em razão de que o prejuízo à vítima supera 10% (dez por cento) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Precedentes.

Agravo regimental desprovido (AgRg no RHC 91.323/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 13/06/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO SIMPLES TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR EXPRESSIVO DA RES FURTIVAE E REINCIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA QUE NÃO EXCEDE 4 ANOS E PACIENTE REINCENTE. SÚMULA 269/STJ. ADEQUAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O princípio da insignificância deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, no sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade penal, observando-se a presença de "certos vetores, como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada" (HC 98.152/MG, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 5/6/2009).

3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de ser incabível a aplicação do princípio da insignificância quando o montante do valor da res furtivae superar o percentual de 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos. Precedentes.

4. O princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando demonstrado ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas. Precedentes.

5. No caso, além de o paciente ser multirreincidente, inclusive em delitos patrimoniais, o valor das coisas subtraídas - R\$ 200,00 em espécie e uma carteira de cigarro - não pode ser considerado ínfimo, na medida em que representa mais de 20% do salário mínimo vigente ao tempo da subtração (R\$ 937,00).

6. Habeas corpus não conhecido (HC 425.168/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 15/06/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. INSIGNIFICÂNCIA. REINCIDÊNCIA. VALOR DA COISA SUPERIOR A 10% (DEZ POR CENTO) DO SALÁRIO MÍNIMO. RELEVANTE LESÃO AO BEM JURÍDICO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. RÉU REINCIDENTE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO CABÍVEL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. 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, o que não ocorre na espécie.

2. 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." (STF, HC 84.412-0/SP, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJU 19/11/2004).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. In casu, verifica-se que, além de ter cometido o presente crime enquanto descontava pena imposta em outra ação penal, o réu é multirreincidente, sendo uma das condenações por crime de furto, o que demonstra o seu 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. **O princípio da insignificância baseia-se na necessidade de lesão jurídica expressiva para a incidência do Direito Penal, afastando a tipicidade do delito em certas hipóteses em que, apesar de típica a conduta, ausente dano juridicamente relevante. Sobre o tema, de maneira meramente indicativa e não vinculante, a jurisprudência desta Corte, dentre outros critérios, aponta o parâmetro da décima parte do salário mínimo vigente ao tempo da infração penal, para aferição da relevância da lesão patrimonial.**

6. **Considerando o valor da res furtivae, a qual foi avaliada em R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), o que correspondia a quase 20% do salário mínimo em 2015, resta superado o critério jurisprudencialmente adotado de 10% do salário-mínimo à época do fato e, portanto, descabe falar em inexpressividade da lesão ao bem jurídico tutelado.**

[...]

11. Habeas corpus não conhecido (HC 436.593/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 25/04/2018)

Assim, passo à apreciação do regime prisional fixado para o paciente Aparecido Gonçalves Dias.

O Tribunal de Justiça estadual aplicou a pena e fixou o regime prisional semiaberto ao paciente Aparecido Gonçalves Dias sob a seguinte fundamentação:

[...]

Passo a dosimetria penal.

Sopesadas as diretrizes estabelecidas no art. 59, do Código Penal, fixo a pena no mínimo legal, para Elvis, qual seja: 02 (dois) anos e 10 (dez) dias-multa, uma vez que ausente circunstância judicial desfavorável **para Aparecido estabelece acima do mínimo, na fração de 1/6, porquanto possuiu apontamentos criminais**, conforme folha de antecedentes, dando conta de que teve a pena extinta pelo cumprimento em 21/09/2009, processo nº (processo nº 7000054-04.2007, da 2ª Vara Criminal de Jundiaí), o que resulta em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses e pagamento de 11 (onze) dias-multa. Aqui, cabe ressaltar que não há que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se falar em período depurativo, uma vez que, este prazo deve ser observado somente em se tratando de reincidência, conforme estabelece o art. 64, do Código Penal.

Na segunda etapa, a pena de Elvis permanece no piso, porquanto ausentes agravantes e, reconhecida a menoridade relativa, esta não tem qualquer repercussão na pena, a teor do que estabelece a Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça, lembrando também que o legislador estabeleceu o mínimo e o máximo da pena cominada, devendo o julgador nesta etapa se movimentar entre estes parâmetros.

Para Aparecido a pena sofre novo acréscimo no percentual de 1/6, uma vez que o citado réu é reincidente, conforme se observa as fls. 54 (processo nº 7002184-04.2010, da 2ª Vara Criminal de Jundiaí), o que resulta em 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias, e 12 (doze) dias-multa.

Na terceira etapa, à mingua de causa de aumento e/ou diminuição, a pena para Elvis permanece no quantum mínimo, já para Aparecido resulta em 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias, e 12 (doze) dias-multa.

Presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, em relação ao réu Elvis, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviço à comunidade, a ser estabelecida pelo Juízo da Execução, por período igual ao da reclusiva e pecuniária no valor de 10 (dez) dias-multa, sem prejuízo. Estabeleço o regime aberto, em caso de descumprimento.

Para Aparecido, estabelece o regime semiaberto, porquanto, o recorrente é reincidente e possui maus antecedentes, levando-se em consideração, também, o crime praticado. Inviável a substituição da pena por expressa vedação legal, art. 44, do Código Penal (fls. 147/159).

Sobre o tema, firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal – CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um *plus* na gravidade do delito. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, e os enunciados ns. 718 e 719 da Súmula do col. Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

Súmula 440/STJ: "Fixada a 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."

Súmula 718/STF: "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."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Súmula 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Nesse contexto, ainda que a pena total aplicada ao paciente Aparecido Gonçalves Dias seja inferior a 4 anos de reclusão, no caso, 02 anos, 08 meses e 20 dias de reclusão, por se tratar de réu reincidente e em razão da presença de circunstância judicial desfavorável, o regime prisional adequado à espécie seria o fechado, nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal – CP, inexistindo, portanto, constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício, uma vez que foi fixado ao paciente o regime inicial semiaberto.

A propósito, confirmam-se:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. RECEPÇÃO. PENA-BASE. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. VALORAÇÃO COM FULCRO EM CONDENAÇÕES ANTERIORES E DISTINTAS. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE OFENSA À SÚMULA N. 269 DESTA CORTE. INOCORRÊNCIA. PACIENTE COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- A jurisprudência pátria, em obediência aos ditames do art. 59 do Código Penal e do art. 93, IX, da Constituição Federal, é firme no sentido de que a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficiente referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal.

- No caso, ao contrário do alegado pela defesa, houve fundamentação concreta na exasperação da pena-base, que foi estabelecida acima do mínimo legal ante a análise desfavorável dos vetores da personalidade e da conduta social do paciente, com lastro em condenações prévias e distintas daquela considerada na segunda etapa da dosimetria, para fins de reincidência, entendimento que se alinha à jurisprudência desta Corte.

- **Segundo o enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, é admissível a fixação do regime prisional semiaberto ao réu reincidente condenado a pena igual ou inferior a quatro anos, quando favoráveis as circunstâncias judiciais.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- *Hipótese em que não se aplica o referido entendimento, porquanto o acusado, além de reincidente, ostenta circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal. Assim, embora a pena seja inferior a 4 anos, não há óbice à fixação do regime fechado.*

- Habeas corpus não conhecido (HC 353.622/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. **REGIME INICIAL FECHADO.** PACIENTE MULTIRREINCENTE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PRETENSA MITIGAÇÃO DO MODO PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 269/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a escolha do sistema prisional não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto.

2. *Na hipótese, inviável o abrandamento do modo prisional, tendo em vista que, além de o paciente ser multirreincidente, a reprimenda básica foi fixada acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável.*

3. *Ressalta-se que o Enunciado Sumular 269/STJ permite a fixação do modo intermediário ao reincidente condenado à sanção inferior a 4 (quatro) anos, desde que favoráveis as circunstâncias judiciais, o que não se verifica no caso concreto, sendo, portanto, descabida a aplicação da referida súmula.*

4. Recurso improvido (AgRg no HC 343.490/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 15/03/2016).

HABEAS CORPUS. ART. 155, § 4º, III E IV, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA. PENA APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. APLICAÇÃO. INVIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de revisão criminal, inviável o seu conhecimento.

2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação da pena no patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório. Esclareça-se que, havendo duas qualificadoras, é possível que uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delas seja utilizada para qualificar o crime e a outra na primeira fase da dosimetria da pena.

3. Nos termos do art. 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, não é ilegal a estipulação do regime inicial fechado se existe circunstância judicial desfavorável e o réu é reincidente.

4. *Habeas corpus não conhecido* (HC 349.525/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/05/2016).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do presente *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0176124-5

HC 459.623 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0001049402016 00010494020168260544 10494020168260544 20180000472421

EM MESA

JULGADO: 23/10/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FABIO JACYNTHO SORGE - SP247667
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ELVIS MENDES DOS SANTOS
PACIENTE	:	APARECIDO GONCALVES DIAS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.