



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 860.101 - MG (2016/0052121-5)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : ROBERTO PEREIRA DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TESE DE RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA, NÃO OBSTANTE A EXISTÊNCIA DE DUPLA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. ÓBICE DA SÚMULA 83 DESTA CORTE. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE NO BOJO DO REGIMENTAL. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO QUANTO AO REGIME. AGRADO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada está na mais absoluta harmonia com a jurisprudência desta Corte, sedimentada no sentido de que a habitualidade delitiva é óbice intransponível ao reconhecimento da atipicidade material da conduta criminosa.

2. A *quaestio iuris* objeto do recurso especial restringe-se à tese de reconhecimento da atipicidade material da conduta de tentativa de furto de três galinhas avaliadas em R\$45,00. Assim, a ampliação do seu objeto, a fim de alcançar a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena, apresenta-se como inovação processual, que não é admitida no bojo de agravo regimental.

3. Contudo, vislumbro hipótese de concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício para o fim de estabelecer regime inicial de cumprimento da pena proporcional ao patamar da reprimenda imposta.

4. Por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n. 123.108/MG, o Plenário da Suprema Corte decidiu, por maioria de votos, que nos casos de exclusão do princípio da insignificância por força da reincidência, a aplicação do art. 33, § 2º, c, do Código Penal deve ser afastada a fim de ser fixado o regime aberto para o início do cumprimento da pena, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, uma vez que o regime semiaberto se mostra excessivo diante da punição imposta.

5. Dessa forma, seguindo essa orientação, entendo ser mais adequado à hipótese dos autos o regime aberto, com vistas a tornar o regime inicial de cumprimento da pena proporcional à punição fixada em 4 (quatro) meses de detenção, não obstante o agravante ostentar dupla reincidência específica em delitos contra o patrimônio.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Portanto, a decisão agravada deve ser mantida incólume por seus próprios termos, porém, concedo, de ofício, ordem de *habeas corpus* para o fim de estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena.

7. Agravo regimental improvido com a concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício para fixação do regime aberto.

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, negar provimento ao agravo regimental e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de maio de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 860.101 - MG (2016/0052121-5)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : ROBERTO PEREIRA DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATÓRIO

O EXMO. SR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto por ROBERTO PEREIRA DA SILVA contra a decisão de e-STJ fls. 265/269, que negou provimento ao seu agravo em recurso especial com apoio no óbice da Súmula 83 desta Corte.

A defesa insiste no reconhecimento da atipicidade material da conduta do agravante, uma vez que "[...] a irrelevância da conduta é patente, não apenas diante da bagatela do fato, mas especialmente em relação a mínima extensão da lesão produzida" (e-STJ fl. 278), visto que tentou furtar três galinhas, avaliadas em R\$ 45,00 (quarenta e cinco reais).

Aduz, ademais, que "[...] é posição nesse Superior Tribunal de Justiça que a análise de condições pessoais desfavoráveis, tais como maus antecedentes, reincidência, ações penais em curso ou mesmo a reiteração da conduta, não constituem óbices ao reconhecimento da incidência do mencionado princípio" (e-STJ fl. 279).

Alega que, em respeito ao postulado da proporcionalidade, o regime inicial para o cumprimento da pena deve ser o aberto.

Pugna, alfim, pela reconsideração da decisão agravada ou por sua apreciação pelo colegiado da Quinta Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 860.101 - MG (2016/0052121-5)

VOTO

O EXMO. SR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O recurso não deve prosperar.

Com efeito, a decisão agravada está na mais absoluta harmonia com a jurisprudência desta Corte, sedimentada no sentido de que a habitualidade delitiva é óbice intransponível ao reconhecimento da atipicidade material da conduta criminosa.

PENAL. AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. 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, a despeito da reduzida expressividade do valor do bem objeto do furto, o agravante é reincidente, com várias condenações anteriores transitadas em julgado.***

Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp 1533486/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 15/09/2015) - (grifei).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. FURTO DE R\$ 30,00. EQUIVALENTE A 5,88% DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA. MULTIREINCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ.

[...]

3. O furto de R\$ 30,00, cujo valor à época representava em torno de 5,88% do salário mínimo, porém praticado por agente multireincidente, não permite a incidência do princípio da insignificância para exclusão da tipicidade penal.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 345.020/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 22/04/2016) - (grifei).

Na hipótese, dúvida não existe de que o agravante ostenta duas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenações definitivas pelo mesmo delito de furto.

No mais, a tese de fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena não foi objeto das razões declinadas na petição do recurso especial, e é vedado à parte inovar no bojo do recurso de agravo regimental.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENA-BASE. AUMENTO EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE AÇÕES PENAIS EM CURSO. INOVAÇÃO RECURSAL. MATÉRIA QUE NÃO PODE SER CONHECIDA NESTA VIA.

1. A tese de que inquéritos e ações penais em curso não enseja a elevação da pena-base pelos antecedentes ou a título de personalidade do agente não foi objeto do recurso especial.

2. Logo, tratando-se de inovação recursal, inviável se afigura o exame da matéria nesta via.

3. Agravo regimental não conhecido. (AgRg no REsp 1507799/MT, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 24/02/2016) - (grifei).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA AS TELECOMUNICAÇÕES. ESTAÇÃO DE RÁDIO CLANDESTINA. INCIDÊNCIA DO ART. 183 DA LEI N. 9.472/1997. NOVA CAPITULAÇÃO JURÍDICA. HIPÓTESE DE MUTATIO LIBELLI. INOVAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. As teses suscitadas neste agravo regimental - que a conduta imputada ao agravante subsume-se à figura do art. 70 da Lei n. 4.117/1962 e que o acórdão proferido pelo Tribunal a quo teria incorrido em indevida mutatio libelli, de forma que a ausência de intimação do acusado para se manifestar sobre o recurso ministerial configuraria cerceamento de defesa - não foram objeto de debate nas razões do recurso especial e do agravo interposto contra sua inadmissão, o que configura inovação indevida em agravo regimental e inviabiliza sua análise.

[...]

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 689.468/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016) - (grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, contudo, vislumbro hipótese de concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício para o fim de estabelecer regime inicial de cumprimento da pena proporcional ao patamar da reprimenda imposta.

Por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n. 123.108/MG, o Plenário da Suprema Corte decidiu, por maioria de votos, que, nos casos de exclusão do princípio da insignificância por força da reincidência, a aplicação do art. 33, § 2º, c, do Código Penal deve ser afastada a fim de ser fixado o regime aberto para o início do cumprimento da pena, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, uma vez que o regime semiaberto se mostra excessivo diante da punição imposta. Eis a ementa do mencionado julgado:

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 contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados.

2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) a 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 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 123108, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016) - (grifei).

Seguindo essa orientação, entendo ser mais adequado à hipótese dos autos o regime aberto, com vistas a tornar o regime inicial de cumprimento da pena proporcional à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

punição fixada em 4 (quatro) meses de detenção, não obstante o agravante ostentar dupla reincidência específica em delitos contra o patrimônio.

Portanto, a decisão agravada deve ser mantida incólume por seus próprios termos, porém, concedo, de ofício, ordem de *habeas corpus* para o fim de estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental, mas **concedo**, de ofício, ordem de *habeas corpus* para o fim de estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0052121-5 **AgRg no**
PROCESSO ELETRÔNICO AREsp 860.101 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00018753120138130351 0351130001875 10351130001875 10351130001875003
1875312013

EM MESA

JULGADO: 17/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ROBERTO PEREIRA DA SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ROBERTO PEREIRA DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, negou provimento ao agravo regimental e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.