

HABEAS CORPUS 176.563 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S) : FABIO GARBIM CAMPOS
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em favor de Fábio Garbim Campos, contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que negou provimento ao Agravo Regimental no HC 512.059/SP.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela prática de furto tentado, delito descrito no art. 155, *caput*, c.c. o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Após regular trâmite da instrução, o juízo de origem absolveu o acusado com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal, o qual prevê que o juiz absolverá o réu desde que reconheça não constituir o fato infração penal.

Irresignado, o Ministério Público interpôs apelação criminal no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), o qual deu provimento ao recurso para condenar o réu à pena 1 ano e 3 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais pagamento de 12 dias-multa, nos termos da ementa a seguir transcrita:

“APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO SIMPLES - ART. 155, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA COM FUNDAMENTO NO ART. 386, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Apelação ministerial - condenação nos exatos termos da denúncia - possibilidade - materialidade e autoria delitivas. Atipicidade de conduta afastada - impossibilidade de o reconhecimento de crime impossível - não restou comprovado que o autor jamais conseguiria atingir a consumação do delito.

Aplicação do princípio da insignificância - valor do bem que não é pequeno - conduta do agente que não se afigura de pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social - réu que possui vários apontamentos criminais. Tentativa reconhecida - *iter criminis* percorrido intermediário. Regime fechado - réu que possui maus antecedentes e é reincidente. Recurso provido." (fl. 417).

Daí a impetração de *habeas corpus* no STJ postulando, em suma, o restabelecimento da sentença absolutória.

A ordem foi denegada pelo Tribunal Superior nos seguintes termos:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO SIMPLES TENTADO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. SISTEMA DE SEGURANÇA. VIGILÂNCIA FÍSICA. INCAPACIDADE RELATIVA DO MEIO EMPREGADO. HIPÓTESE QUE NÃO CONFIGURA CRIME IMPOSSÍVEL. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO RESP 1.385.621/MG, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 C/C 3º DO CPP. SÚMULA 567/STJ. PENA-BASE. REDUÇÃO PELO ARREPENDIMENTO DO APENADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONFISSÃO JUDICIAL. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 545 DA SÚMULA DESTA CORTE. PRISÃO EM FLAGRANTE. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPEDE O RECONHECIMENTO DA MENCIONADA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO ENTRE A REINCIDÊNCIA, AINDA QUE ESPECÍFICA, E A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. PENA REDIMENSIONADA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO MANTIDOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- 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.

- A tese assentada por esta Corte em recurso representativo da controvérsia (Resp n. 1.385.621/MG, DJe 02/06/2015) reputa configurada a tentativa de furto mesmo quando, durante o iter criminis, o agente é observado por sistema de vigilância (eletrônica ou física), visto que tais sistemas não impedem, de modo absoluto, a ocorrência de subtrações no interior de estabelecimentos comerciais. Vale dizer, a caracterização do crime impossível demanda a ineficácia absoluta do meio ou a absoluta impropriedade do objeto. Súmula 567/STJ.

- O fato de o paciente ter levantado suspeita dos seguranças do estabelecimento e de ter sido observado durante a ação não caracteriza o instituto do crime impossível, pois não resultou configurada a absoluta ineficácia do meio, tanto é que o agente somente foi capturado no exterior do supermercado e após tentativa de fuga com os bens apreendidos.

- O pedido de redução da reprimenda do paciente pelo reconhecimento do arrependimento não foi objeto de exame pelas instâncias ordinárias, não podendo este Superior Tribunal de Justiça decidir, originariamente, acerca do tema.

- O fato de o apenado haver sido detido em flagrante não impede a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal. A respeito já decidiu este Superior Tribunal de Justiça que 'a referida atenuante deve ser aplicada em favor do sentenciado ainda que a confissão somente corrobore a autoria delitiva já evidenciada pela prisão em flagrante' (AgRg no HC n. 201.797/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 2/2/2015) (AgRg no HC 363.566/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017).

- A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe

17/04/2013), sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, c/c 3º, do CPP, firmou compreensão no sentido de que é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

- Ressalta-se que o fato de a reincidência ser específica não constitui óbice à integral compensação, porquanto o Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Seção, no julgamento do HC n. 365.963/SP (Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 23/11/2017), pacificou entendimento no sentido de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito.

- A Corte local concluiu que o iter criminis foi percorrido em boa medida, pois o paciente só foi capturado do lado de fora do supermercado, após procurar empreender fuga, tendo sido necessário o uso da força, motivo pelo qual reduziu a pena em fração intermediária (1/2). Rever as premissas fáticas que conduziram a Corte de origem a concluir pelo expressivo transcurso do iter criminis, com reexame probatório, procedimento inviável na via estreita do habeas corpus.

- As circunstâncias valoradas por ocasião da aplicação da pena também devem ser consideradas no momento da fixação do regime prisional inicial, nos termos do art. 33, do Código Penal.

- Ainda que o quantum da reprimenda definitiva seja inferior a 4 anos de reclusão, o paciente é reincidente e possui circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi arbitrada acima do mínimo legal, assim, não há que se falar em regime diverso do fechado. Pelas mesmas razões, é inviável a substituição da prisão por penas restritivas de direitos, incidindo as vedações do art. 44, incisos II e III, do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena definitiva do paciente ao novo patamar de 1 ano de reclusão, em regime prisional inicial

HC 176563 / SP

fechado, e 10 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação”. (eDOC 6)

Nesta Corte a impetrante reitera os pedidos pretéritos e enfatiza o restabelecimento da sentença, que absolveu o acusado por ausência de tipicidade material ante a insignificância da conduta.

Subsidiariamente postula o abrandamento do regime.

É o relatório.

Passo a decidir.

Inicialmente, registro que, embora as turmas do STF tenham se posicionado no sentido de afastar a aplicação do princípio da insignificância aos acusados reincidentes ou de habitualidade delitiva comprovada (HC 97.007/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 31.3.2011; HC 101.998/MG, rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 22.3.2011; HC 103.359/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 6.8.2010, e HC 112.597/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 10.12.2012), **verifico particularidades no caso concreto que reclamam o provimento do apelo.**

Aliás, registro que, na Turma, tenho-me posicionado, juntamente com Sua Excelência o Ministro Celso de Mello, no sentido da possibilidade de aplicação do princípio da bagatela em casos a envolver reincidentes. Nesse sentido, cito o HC 112.400/RS, de minha relatoria, DJe 8.8.2012, e o HC 116.218/MG, de minha relatoria originária, Redator p/ o acórdão Min. Teori Zavascki.

É que, para aplicação do princípio em comento, somente aspectos de ordem objetiva do fato devem ser analisados. E não poderia ser diferente. Isso porque, levando em conta que o princípio da insignificância atua como verdadeira causa de exclusão da própria tipicidade, equivocado é afastar-lhe a incidência tão somente pelo fato de o paciente possuir antecedentes criminais. Partindo-se do raciocínio de que crime é fato típico e antijurídico ou, para outros, fato típico, antijurídico e culpável, é certo que, uma vez excluído o fato típico, não há sequer que se falar em crime.

O princípio da insignificância (*das Geringfügigkeitsprinzip*), ora em debate, nada mais é do que um critério dogmático a ser empregado no âmbito de análise da tipicidade material (ROXIN, Claus. AT, I, Rn. 38, 40, 2006).

É por isso que reputo mais coerente a linha de entendimento segundo a qual, para incidência do princípio da bagatela, devem ser analisadas as circunstâncias objetivas em que se deu a prática delituosa e não os atributos inerentes ao agente, sob pena de, ao proceder-se à análise subjetiva, dar-se prioridade ao contestado e ultrapassado direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato.

A situação fática posta nos autos chama a atenção pela absoluta irrazoabilidade de ter se movimentado todo o aparelho do estado-polícia e do estado-juiz para se condenar o réu pela mera tentativa de furtar 1 (uma) caixa com 12 tabletes de 50g de chocolate Amaro, 1 (uma) caixa com 21 tabletes de 50g de chocolate Suflair, 1 (uma) caixa com 21 unidades de *Halls* sabor cereja [*Cherry Lyptus*]), 1 (uma) unidade de refresco em pó sabor laranja, marca Frisco, bens avaliados em R\$ 126,36 – fls. 14.

O delito teria se configurado no dia 15.05.2015, quando o paciente entrou no estabelecimento comercial Atacadão S/A em Tatuapé/SP e, após dirigir-se às prateleiras de produtos alimentícios, escondeu os referidos produtos em uma mochila. O paciente passou pelo caixa sem efetuar o pagamento e, no mesmo instante, foi detido pelos seguranças do local.

Assim, não houve sequer prejuízo material para o supermercado, já que os objetos foram restituídos, não tendo a conduta, assim, causado lesividade ao patrimônio da vítima.

A hipótese reclama com nitidez a incidência do princípio da insignificância, sobretudo porque a consequência nuclear do crime patrimonial é acrescer o patrimônio do autor e minorar o da vítima, o que acabou por não se configurar na situação ora examinada.

Nesses termos, tenho que, a despeito de restar patente a existência da tipicidade formal (perfeita adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal), não incide, no caso, a tipicidade material,

HC 176563 / SP

que se traduz na lesividade efetiva e concreta ao bem jurídico tutelado, sendo atípica a conduta imputada.

Ademais, as circunstâncias do caso concreto demonstram a presença dos vetores traçados pelo Supremo Tribunal Federal para configuração do mencionado princípio: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a ausência de periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica causada (cf. HC 84.412/SP, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, DJe 19.11.2004).

Ante o exposto, com base no artigo 192, *caput*, do RISTF, **concedo a ordem para restabelecer a sentença absolutória** proferida nos autos da Ação Penal 0006042-14.2015.8.26.0625.

Comunique-se com urgência o juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Taubaté/SP.

Publique-se.

Brasília, 15 de outubro de 2019.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente