

HABEAS CORPUS 123.108 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI: 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do REsp 1.405.917/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Consta dos autos, em síntese, que: (a) o paciente foi condenado à pena de 1 ano de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do crime de furto simples (art. 155, *caput*, do Código Penal); (b) buscando a aplicação do princípio da insignificância, a defesa apresentou recurso de apelação no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que lhe negou provimento; (c) inconformada, interpôs recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que a Ministra Relatora negou-lhe seguimento; (d) contra essa decisão, foi interposto agravo interno, que foi improvido, em acórdão assim ementado:

(...) 1. É condição *sine qua non* ao conhecimento do especial que tenham sido ventilados, no contexto do acórdão objurgado, os dispositivos legais indicados como malferidos na formulação recursal. Inteligência dos enunciados 211/STJ, 282 e 356/STF.

2. Possuindo o dispositivo de lei indicado como violado comando legal dissociado das razões recursais a ele relacionadas, resta impossibilitada a compreensão da controvérsia arguida nos autos, ante a deficiência na fundamentação recursal. Incidência do enunciado 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

3. Para a aplicação ou não do princípio da insignificância, devem ser analisadas as circunstâncias específicas do caso concreto, o que esbarra na vedação do enunciado 7 da Súmula desta Corte.

4. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal, por expressa determinação da Constituição Federal.

5. 'O intuito de debater novos temas por meio de agravo regimental, não trazidos inicialmente no agravo em recurso especial, se reveste de indevida inovação recursal, não sendo viável, portanto, a análise, ainda que se trate de matéria de ordem pública, porquanto imprescindível a prévia irresignação no momento oportuno, bem como o efetivo exame da matéria'. (AgRg no AREsp 335.371/RN, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 10/02/2014)

6. Agravo regimental a que se nega provimento. (...)"

Nesta ação, sustenta a impetrante, em síntese, que: (a) "a não realização do interrogatório configurou grave prejuízo à defesa do recorrente, uma vez que a impossibilitou de externar judicialmente sua versão a respeito da conduta que lhe foi imputada"; (b) "apesar de não haver perícia nos autos, o valor objeto do furto é ínfimo (um par de sandália da marca 'Ipanema') e, ainda, não houve ofensa ao patrimônio do proprietário do bem em questão, o qual foi restituído"; (c) "o Supremo Tribunal Federal já decidiu que circunstâncias de ordem subjetiva, como o registro de antecedentes criminais, não podem obstar ao julgador a aplicação do princípio da insignificância". Requer, assim, a concessão da ordem para que se declare a nulidade da ação penal em razão da ausência do interrogatório e, subsidiariamente, seja aplicado o princípio da insignificância, reconhecendo a atipicidade da conduta.

2. A questão suscitada a respeito da nulidade da ação penal não foi objeto de exame pelo Superior Tribunal de Justiça e, portanto, qualquer juízo desta Corte sobre ela implicaria supressão de instância e contrariedade à repartição constitucional de competências, o que não é admitido pela jurisprudência do STF (*v.g.*, entre outros, HC 115266, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 24-09-2013; HC 116717, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 26-09-2013; RHC 117301, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 16-10-2013; HC 111773, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 21-03-2013).

3. No mais, ao que se constata das decisões das instâncias ordinárias, não se considerou aplicável, nesse caso, o princípio da insignificância à consideração de que o paciente, além de ser reincidente específico, possui ficha de antecedentes e é costumeiro na prática de crimes contra o patrimônio. Esse entendimento tem por fundamento a alta carga de reprovabilidade da conduta, decorrente da reiteração criminosa do agente. Colhe-se do acórdão emanado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

“É que, embora possua inexpressivo valor material a *res furtiva* – cerca de R\$ 16,00 (dezesesseis reais), conforme informação do gerente de venda de loja em que ocorreu o delito (fl. 90) –, não há como se afirmar o desinteresse estatal à repressão do delito praticado, por ser o réu reincidente e fazer da prática delituosa o seu meio de sobrevivência, segundo se verifica da CAC de f. 91/95.

Se assim pudéssemos entender, poderia acarretar um demasiado aumento da impunidade e da eficácia intimidante das leis penais, o que impede, no caso, a aplicação do princípio da insignificância que não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto.

Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem característica de bagatela e devem se submeter ao direito penal, como é o caso dos autos”.

Registre-se, ainda, excerto da sentença condenatória, no qual se evidencia que o crime objeto desta impetração teria sido cometido quando o paciente cumpria pena por outro delito de furto:

“No tocante à autoria, o réu confessou parcialmente a prática do delito a ele atribuído, afirmando que (...).
Transcreve-se:

que o declarante encontra-se cumprindo pena no presídio local, por furto (...)”.

4. O caso, portanto, não diz respeito a um simples e isolado furto de um par de chinelos. Trata-se, na verdade, de um furto (de pequeno valor, é certo), praticado por agente reincidente e com reiterada conduta da mesma espécie, por conta da qual se encontra cumprindo pena. Sendo assim, é preciso que o Tribunal tenha presente as consequências jurídicas e sociais que decorrem do juízo de atipicidade em casos como o examinado. Negar a tipicidade dessas condutas significa afirmar que, do ponto de vista penal, seriam condutas lícitas. Pode-se argumentar que o lesado, nesse caso, terá a faculdade de pleitear uma indenização, no plano da responsabilidade civil. Não é preciso enfatizar que, à toda evidência, a alternativa da reparação civil não passa de possibilidade meramente formal, destituída de qualquer viabilidade no plano da realidade. Sendo assim, a conduta seria não apenas penalmente lícita, mas também imune a qualquer espécie de repressão estatal, a significar que, na prática, será uma conduta equivalente a uma conduta jurídica lícita e legítima, sob todos os aspectos.

Ora, isso está em manifesto descompasso com os valores que, inegavelmente, permeiam o conceito social de justiça. É inegável que a conduta em causa – prática reiterada e contumaz de pequenos furtos – não é considerada socialmente aceitável. Não é difícil imaginar, portanto, que, ante a inação estatal em reprimi-la, a sociedade buscará proteger-se com iniciativas que redundarão em fazer justiça por mão própria. Essa é uma consequência que, nas circunstâncias, se mostra natural e incontornável. Sendo assim, parece certo que, a pretexto de favorecer o agente, a imunização da sua conduta do controle estatal acabará por deixá-lo exposto a uma situação de “justiça privada”, com resultados imprevisíveis, provavelmente muito mais graves. O Judiciário, que detém o monopólio da jurisdição, não pode, com sua inação, abrir espaço para que isso ocorra. É justamente para situações como essa que se deve prestigiar o papel do juiz da causa, a quem cabe avaliar, em cada caso

HC 123108 / MG

concreto, a aplicação, em dosagem adequada, seja do disposto no art. 155, § 2º do CP , seja da adequada aplicação do princípio constitucional da individualização da pena.

5. A propósito da aplicação do princípio da insignificância em casos dessa natureza, continuo convencido da posição defendida perante a Segunda Turma, como, v.g., no HC 111.077, DJe de 3/2/2014, em que sustentei:

“3. Há convergência de entendimento, na jurisprudência do STF, de que, para se caracterizar hipótese de aplicação do denominado ‘princípio da insignificância’ e assim afastar a recriação penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social. É ilustrativo e sempre referido, a propósito, o acórdão de lavra do Ministro Celso de Mello, no HC 84.412-SP, 2ª Turma, DJ de 19.11.2004, em cuja ementa se lê:

(...)

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. Doutrina. 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) a 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.

O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: 'DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR'. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

Com a mesma orientação, entre muitos outros: HC 110.841-PR, 2ª Turma, Min. Cármen Lúcia, DJe de 14.12.2012; HC 113.327-MG, 2ª Turma, Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 08.12.2012; HC 109.871-MS, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJe de 03.10.2012), todos indicando, como requisitos negativos de tipicidade, por insignificância, a mínima *ofensividade* da conduta, a nenhuma *periculosidade* social, a reduzida *reprovabilidade* e de *inexpressividade* da lesão jurídica, requisitos que, assevera-se, devem ser necessariamente concomitantes.

4. A despeito dessa orientação uniforme sobre os pressupostos básicos do princípio da insignificância, registra-se no Tribunal certa divergência quanto a levar em consideração ou não, para esse efeito, a contumácia do agente na prática da conduta. É justamente essa a hipótese dos autos. Afastando, em casos tais, a aplicação do princípio, há diversos acórdãos da 1ª Turma, onde, ao que se constata, a jurisprudência é firme nesse sentido: HC 114.548-PR, Min. Rosa Weber, DJe 27.11.2012; HC 115.422-MG, Min. Dias Toffoli, DJe de 14.12.2012; HC 109.739-

SP, Min. Cármen Lúcia, DJe 14.02.2012; HC 110.951-RS, Min. Dias Toffoli, DJe 27.02.2012; HC 108.696-MS, Dias Toffoli, DJ 20.10.2011; HC 107.674-MG, Min. Cármen Lúcia, DJe 14.09.2011. Mas, nesta 2ª Turma, há posições divergentes, registrando-se acórdãos que consideram irrelevante, para aferição da insignificância, a contumácia ou a reincidência do agente: HC 112.400-RS, Min. Gilmar Mendes, DJe de 08.08.2012; HC 106.510-MG, Min. Celso de Mello, DJe 13.06.2011; HC 110.244-RS, Min. Gilmar Mendes, DJe 09.04.2012; HC 93.393-RS, Min. Cezar Peluso, DJe 15.05.2009.

5. O enfrentamento dessa específica questão impõe a consideração de algumas premissas de ordem conceitual. É que, como bem assevera a jurisprudência do Tribunal, nesse ponto sem divergência, o princípio da insignificância não pode ser aquilatado à luz, apenas, do conceito de tipicidade formal, mas, sim, da tipicidade em seu sentido material, conforme, aliás, ficou claro no voto do Ministro Celso de Mello, no já referido HC 84.412-SP. A questão que se põe é a de saber se o juízo de tipicidade material comporta exame dessa conduta social do agente, representada pela contumácia da prática delituosa.

6. A rigor, na base dessa discussão está o próprio conceito de delito, que, sem divergência alguma, a doutrina costuma definir da seguinte maneira:

‘Delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que, por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação), é contrária à ordem jurídica (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que agisse de maneira diversa diante das circunstâncias, é reprovável (culpável)’ (ZAFFARONI, Eugênio Raul; e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral v. 1*, 9ª ed., RT:SP, 2011, p. 344/345).

Há, pois, relevante diferença entre tipo e tipicidade:

‘O tipo é a fórmula que pertence à lei, enquanto a tipicidade pertence à conduta. A tipicidade é a característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal. (...) O juiz comprova a tipicidade comparando a conduta particular e concreta com a individualização típica, para ver se se adequa ou não a ela. Este processo mental é o *juízo de tipicidade* que o juiz deve realizar’ (op. cit., p. 388).

O juízo de tipicidade envolve, também e necessariamente, consideração sobre a chamada antinormatividade, a saber:

‘O tipo é gerado pelo interesse do legislador no ente que valora, elevando-o a bem jurídico, enunciando uma norma para tutelá-lo, a qual se manifesta em um tipo legal que a ela agrega uma tutela penal. Conforme esse processo de gestação, resultará que a conduta que se adequa a um tipo penal será, necessariamente, contrária à norma que está anteposta ao tipo legal, e afetará o bem jurídico tutelado. (...) Isso significa que a conduta, pelo fato de ser penalmente típica, necessariamente deve ser também antinormativa.

Não obstante, não se deve pensar que, quando uma conduta se adequa formalmente a uma descrição típica, só por esta circunstância é penalmente típica. (...) O tipo é criado pelo legislador para tutelar o bem contra as condutas proibidas pela norma, de modo que o juiz jamais pode considerar incluídas no tipo aquelas condutas que, embora formalmente se adequem à descrição típica, realmente não podem ser consideradas contrárias à norma e nem lesivas do bem jurídico tutelado.

A antinormatividade não é comprovada somente com a adequação da conduta ao tipo legal, posto que

requer uma investigação do alcance da norma que está anteposta, e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre a afetação do bem jurídico. Esta investigação é uma etapa posterior do juízo de tipicidade que, uma vez comprovada a tipicidade legal, obriga a indagar sobre a tipicidade penal da conduta. (...) A tipicidade penal pressupõe a legal, mas não a esgota; a tipicidade penal requer, além da tipicidade legal, a antinormatividade.' (op. cit., p. 398/9).

Ora, é desse juízo amplo que se extrai o conceito de tipicidade apto a integrar, como elemento indispensável, o conceito de delito:

'Isto nos indica que o juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa. A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas (...). (grifei)

A função deste segundo passo do juízo de tipicidade penal será, pois, reduzi-la à verdadeira dimensão daquilo que a norma proíbe, deixando fora da tipicidade penal aquelas condutas que somente são alcançadas pela tipicidade legal, mas que a ordem normativa não quer proibir, precisamente porque as ordena ou fomenta' (op. cit., p. 400).

(...)

Os principais casos em que, apesar da tipicidade legal, configura-se uma atipicidade conglobante, ocorrem quando uma norma ordena o que outra parece proibir (cumprimento do dever legal), quando uma norma parece proibir o que outra fomenta, quando uma norma parece

proibir o que outra exclui do âmbito de proibição, por estar fora da ingerência do Estado, e quando uma norma parece proibir condutas cuja realização garantem outras normas, proibindo as condutas que a perturbam' (op. cit., p. 479)

Essa tipicidade conglobante produz outros resultados importantes, que interessam mais de perto à questão aqui em exame:

'Se a norma tem sua razão de ser na tutela de um bem jurídico, não podem incluir no seu âmbito de proibição as condutas que não afetam o bem jurídico. Consequentemente, para que uma conduta seja penalmente típica é necessário que tenha afetado o bem jurídico. Embora se trate de um conceito que nos proporciona um claro instrumento de interpretação legal, pode acontecer que o tipo legal tenha se configurado, e, no entanto, o bem jurídico não tenha sido atingido. Isto só pode ser estabelecido na tipicidade conglobante, ainda que, é justo reconhecer, se trate de casos excepcionais' (op. cit., p.488/9).

Bem se vê, portanto, que a aplicação do princípio da insignificância resulta justamente desse juízo de atipicidade conglobante:

'Há relativamente pouco tempo, observou-se que as afetações de bens jurídicos exigidas pela tipicidade penal requeriam sempre alguma entidade, isto é, alguma gravidade, posto que nem toda a afetação mínima do bem jurídico era capaz de configurar a afetação requerida pela tipicidade penal. (...)

A insignificância da afetação exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida através da consideração conglobada da norma: toda ordem normativa persegue uma finalidade, tem um sentido, que é a garantia jurídica

para possibilitar uma coexistência que evite a guerra civil (a guerra de todos contra todos). A insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa, e, portanto, à norma em particular, e que nos indica que essas hipóteses estão excluídas de seu âmbito de proibição, o que não pode ser estabelecido à simples luz de sua consideração isolada' (op. cit., p. 488/9).

6. O que resulta dessas premissas conceituais é que a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade, mormente em se tratando de crimes contra o patrimônio, envolve juízo muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa, nesse juízo de tipicidade conglobante, de modo significativo, investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, que se traduz pela ausência de periculosidade social, pela mínima ofensividade e pela falta de reprovabilidade, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal. Repetindo Zaffaroni, há de se considerar que 'a insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa' (op. cit, p. 489). Essa constatação – de que a insignificância do resultado da ação não pode, por si só, afastar a tipicidade - se mostra evidente quando se considera que não passaram despercebidas ao legislador as hipóteses de irrelevância penal, por ele erigidas como fundamento, não para excluir a tipicidade, mas para mitigar a pena ou a persecução penal. Para se afirmar que a insignificância pode conduzir à atipicidade, cumpre, portanto, que se vá além da irrelevância penal a que se referiu o legislador. É indispensável averiguar o significado social da ação, a adequação da conduta do agente em seu sentido social amplo, a fim de que se apure se o resultado dessa investigação ampliada é compatível ou não com a finalidade perseguida pelo ordenamento penal, ou, em outras palavras, se o fato imputado, que é formalmente típico, tem ou não, quando examinado no seu contexto social, tem relevância penal. Parece certo concluir,

à luz dessas premissas, que a relevância penal, em casos dessa natureza, comporta, sim, juízo sobre a contumácia da conduta do agente.

7. É importante, todavia, que seja precisado o conceito de contumácia, a ser levado em consideração nesse juízo de insignificância penal do fato. Muita apropriada, no ponto, a observação do Professor Luiz Flávio Gomes (op. cit. p. 112/115), de que se deve

‘destacar a existência de três situações distintas: 1) a multirreincidência ou reiteração cumulativa; 2) multirreincidência ou reiteração não cumulativa; e 3) fato único cometido por agente reincidente:

1. Multirreincidência ou reiteração cumulativa: parece-nos muito acertado afirmar que a multirreincidência (de algo em princípio irrelevante) pode elevar o fato para patamar relevante, deixando de ter validade o princípio da insignificância. Em outras palavras, quando o agente pratica reiteradas condutas que, somadas, não geram um resultado insignificante (sim, bastante expressivo), deixa de ter pertinência o princípio que estamos estudando. Gerente de banco (ou um ‘hacker’) que desvia R\$ 1,00 de cada conta corrente, no final, auferir soma significativa. Empregado que trabalha como caixa de estabelecimento comercial e que furta, diariamente, pequena quantidade de dinheiro. Para efeito da pena e da aplicação do princípio da insignificância temos que considerar o todo como fato único. Com isso fica refutada a aplicação a doutrina da insignificância quando o agente, mediante reiteradas condutas, acaba lesando seriamente o bem jurídico. (...)

2. Multirreincidência ou reiteração não cumulativa: essa é a situação de quem pratica vários fatos insignificantes, porém, não contra a mesma vítima nem de forma cumulativa. São fatos desconectados no tempo.

Furta uma caneta esferográfica hoje, um DVD no mês seguinte etc. Para nós, considerando-se que os fatos são insignificantes se isolados (ou seja, não cumulativos), não há impedimento para a incidência do princípio da insignificância, que conta com critérios objetivos. (...)

3. Fato único insignificante cometido por réu reincidente: cuidando-se de fato único, não há como negar a incidência do princípio da insignificância, que deve ser regido por critérios objetivos. Isso significa que só o fato de o réu ser reincidente não pode ser critério impeditivo para a incidência do princípio da insignificância, que é objetivo. Para sua aplicação não contam os dados pessoais do agente (maus antecedentes, reincidência, etc.)

A ressalva que se faz, a essa doutrina, é quanto a hipótese da aplicação do princípio em situação de multirreincidência ou reiteração não cumulativa de condutas do mesmo gênero (embora não, necessariamente, pertencente a idêntico tipo legal). A não ser quando sejam fatos esporádicos e distanciados no tempo, também essa espécie de multirreincidência – situação de quem pratica vários fatos insignificantes, porém, não contra a mesma vítima, nem de forma cumulativa, mormente quando o agente faz disso um meio de vida –, constitui prática que não pode ser considerada como abonadora de conduta social aceitável, nem pode ser tida como irrelevante para os fins a que se destina a tipificação do delito, “a luz da finalidade geral que dá sentido a ordem normativa”.

À luz dessa doutrina não há como, no caso concreto, reconhecer, pura e simplesmente, a atipicidade da conduta do agente.

6. Entretanto, a imposição do regime inicial semiaberto revela-se desproporcional para reprovação e prevenção para a conduta ilícita imputada ao paciente. O modo inicial de cumprimento da pena foi assim estabelecido pelo juiz sentenciante:

“O regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade será o SEMIABERTO, em razão da reincidência”.

7. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena faz parte do processo de individualização da pena, aspecto que encontra guarida na Constituição da República. No âmbito do Código Penal, a regência da matéria situa-se na interpretação sistemática dos arts. 33 e 59, ou seja, a integração do critério referente ao *quantum* da pena e os vetores subjetivos relacionados às circunstâncias judiciais. É de todo oportuno, para exata compreensão da matéria, a reprodução textual dos §§ 2º e 3º do art. 33:

“2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código”.

Pela expressão literal do texto normativo, poder-se-ia afirmar que o regime fechado seria o único possível ao reincidente condenando à pena de reclusão, independentemente do *quantum* da pena aplicada. Ou seja: a reincidência, qualquer que tenha sido o delito praticado, imporá ao sentenciado a obrigação de transitar pelos três regimes prisionais. Essa interpretação literal foi adotada em diversos julgados do Superior

HC 123108 / MG

Tribunal de Justiça: REsp 4.217/PA, Rel. Min. JOSÉ CÂNDIDO, DJ de 05/11/1990; REsp 6.221/PR, Rel. Min. CARLOS THIBAU, DJ de 22/04/1991; REsp 77.373/SP, Rel. Min. WILLIAM PATTERSON, DJ de 13/05/1996; REsp 149.263/DF, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO, DJ de 22.06.1998; REsp 66.708/SP, Min. Rel. EDSON VIDIGAL, DJ de 24.06.1996, esse último assim ementado:

“PENAL. PROCESSUAL. REGIME PRISIONAL. RÉU REINCENTE.

1. **O condenado reincidente deve iniciar o cumprimento da pena de reclusão sempre em regime fechado, independentemente da quantidade de pena aplicada.**

2. Recurso conhecido e provido”.

Com a mesma compreensão, colhe-se no âmbito do Supremo Tribunal Federal o seguinte precedente:

“HABEAS CORPUS’. SENTENÇA CONDENATÓRIA: RÉU REINCENTE: PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE: REGIME FECHADO PARA O INÍCIO DA EXECUÇÃO. DECISÃO EM SEDE DE RECURSO DE APELAÇÃO DA DEFESA: REDUÇÃO DA PENA CARCERÁRIA, PREVALECENDO, NO MAIS, A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. 1. Incensurável o acórdão que, não obstante dar provimento parcial ao recurso de apelação da defesa para reduzir a pena privativa da liberdade, manteve, quanto ao mais, a sentença de primeiro grau que, em face da reincidência, determinou o regime fechado para o início da execução (art. 33 e § 2º, a, b, c, do Código Penal). 2. *Habeas corpus* indeferido” (HC 73927, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 20/08/1996, DJ 11-10-1996 PP-38500 EMENT VOL-01845-01 PP-00170).

No seu voto o Ministro Maurício Corrêa consignou que:

“Eis, nos pontos que interessam ao writ, o que está no acórdão proferido em sede de apelação criminal interposta pelo impetrante-paciente e outro co-réu:

*‘Fixou-se a pena-base no piso legal, acrescida na segunda fase do art. 68, C.Penal em 1/6 pela reincidência (fls. 89v), majorando-se ainda em 1/3 pelas qualificadoras, ficando em seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão e multa de quatorze dias. A seguir, pelo **conatus** e adotando-se o mesmo tratamento que dispensado a Edmilson, diminui-se em 2/3, resultando toda a operação em dois anos e vinte dias de reclusão e permanecendo a multa de três dias, em homenagem ao princípio **non reformatio in pejus**.*

.....

Prevalece no mais o r. decisório guerreado pelos sentenciados Milton Carneiro e Edmilson Alves dos Santos.

Posto isto, deram provimento parcial aos apelos de Milton Carneiro para reduzir-se sua expiação para dois anos e vinte dias de reclusão e pagamento da multa de três dias, e de Edmilson Alves dos Santos para também reduzir-se seu castigo para o pagamento da multa de três dias, tudo com valor unitário mínimo.’

Incensurável o decisum. Por isso, com bastante propriedade, destaca conclusivamente o parecer da Procuradoria Geral da República:

*‘Não há lugar para a omissão apontada pelo impetrante-paciente, visto que o acórdão, embora provendo parcialmente o apelo da defesa para reduzir a pena privativa da liberdade, fez prevalecer quanto ao mais a sentença de primeiro grau que, diante da reincidência do réu, fixara o regime fechado para o início da execução. A mitigação da pena carcerária não alterou esse quadro pois, em se tratando de pena de reclusão, o *reincidente* deve iniciar a execução no *regime fechado* (CP - art. 33 e § 2º, **a, b**,*

c).'

Isto posto, conheço do pedido mas indefiro o habeas corpus".

8. Posteriormente, houve revisão dessa posição extremada, por se considerar que ela não espelharia a melhor exegese em torno da matéria. Assim, em 22 de maio de 2002, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 269, com o seguinte teor:

"É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

Os precedentes fundamentadores da edição do enunciado sumular revelam, em linhas gerais, que a existência da circunstância *objetiva* da reincidência não poderia, por si só, ensejar juízo de grave desproporcionalidade, sobretudo se considerado que a base normativa do Código Penal, no quesito de dosimetria, é marcada essencialmente pela exigência de que o juiz valere os vetores subjetivos que envolvem a causa penal (CP, art. 59). Essa linha de compreensão, aliás, vem ao encontro da orientação jurisprudencial desta Corte, no sentido de que "o processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado (...), como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo" (HC 97256, Pleno, Rel. Min. AYRES BRITTO).

9. De certo modo, o juízo exercido sobre a matéria levou em consideração também a necessidade de se implementar uma política criminal - já reclamada na exposição de motivos da Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 - orientada no sentido de se "restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere,

limitando sua incidência aos casos de reconhecida necessidade. As críticas que em todos os países se tem feito à pena privativa da liberdade fundamentam-se em fatos de crescente importância social, tais como (...) os elevados custos da construção e manutenção dos estabelecimentos penais, as consequências maléficas para os infratores primários, ocasionais ou *responsáveis por delitos de pequena significação*, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevícias, corrupção e perda paulatina da aptidão para o trabalho” (itens 26 e 27). Nessa linha de regulação, aliás, convém citar a Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998, que autorizou o magistrado sentenciante a proceder à substituição da pena privativa de liberdade até mesmo ao condenado reincidente não específico (CP, art. 44, § 3º).

Realmente, foge do senso de justiça colocar em situação equivalente um sentenciado por crime de pequena significação, que tenha uma condenação anterior, a uma pessoa que feriu gravemente a sociedade com a prática de estupro, de tráfico de drogas ou de latrocínio. Com razão, pois, o Ministro Relator quando afirma que “há situações que, embora enquadráveis no relato geral de enunciado normativo, não parecem merecer as consequências concebidas pelo legislador, aplicáveis a partir de um raciocínio meramente silogístico. Daí a necessária mediação do intérprete, a fim de calibrar eventuais excessos e produzir no caso concreto a solução mais harmônica com o sistema jurídico”.

10. Pois bem. Se é certo que não há como equalizar, para fins de tipificação penal, o primário com o reincidente, parece não haver dúvida, particularmente *nessa especial situação de insignificância*, de que se mostra desproporcional emprestar à reincidência força jurídica suficiente para impor ao paciente, obrigatoriamente, o regime semiaberto, próprio para as penas de maior envergadura jurídico-penal. Nessas circunstâncias deve ganhar especial destaque o exame dos requisitos do art. 59 do Código Penal (art. 33, § 3º, do CP), como pressuposto natural para uma interpretação abrangente que privilegie o princípio da proporção entre a conduta e a penalidade necessária. A compreensão da espécie demanda uma leitura em perspectiva, tendo presente a regra geral de

proporcionalidade, compatível com a natureza e repercussão do delito. É indispensável, todavia, que a avaliação se dê caso a caso, até porque a pura e simples uniformização de tratamento não encontra justificativa na eleição de um padrão onde a homogeneidade não existe, até pelas dimensões territoriais do país, que oferecem realidades sociais, econômicas e culturais heterogêneas e inteiramente diferenciadas. Acertada, por isso, a orientação do STJ relativamente a réus reincidentes com penas inferiores a 4 anos, a quem aquela Corte tem deferido o regime semiaberto, subordinando assim uma interpretação literal da lei a uma necessária adequação ao princípio constitucional da devida individualização da pena.

11. *Mutatis mutandis*, o mesmo deve acontecer neste caso em especial: (a) trata-se de conduta de pequena significação e de virtual insignificância, apenas admitida a tipicidade em razão da reincidência; e (b) no capítulo da dosimetria, há registro expresso de que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis ao paciente, razão por que a pena-base alcançou o mínimo legal. Assim, verificadas as circunstâncias erigidas pelo STF em situação de virtual insignificância e sendo o caso de atendimento dos vetores subjetivos do art. 59 do Código Penal, é de se reconhecer, apesar da reincidência, o cabimento do regime aberto por aplicação do mesmo padrão de interpretação da Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça.

12. Com base nesse entendimento, e considerando que, segundo afirmam as instâncias ordinárias, está presente a situação de reincidência e reiteração cumulativa de delitos da mesma natureza, voto pela denegação da ordem, mas a concedo, de ofício, para fixar como o aberto o regime inicial. É o voto.