

HABEAS CORPUS 123.533 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI: 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão da Ministra Laurita Vaz, do Superior Tribunal de Justiça, proferida nos autos do REsp 1.424.175/SP. Consta dos autos, em síntese, que: (a) os pacientes foram condenados à pena de 1 ano e dois meses de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do crime de tentativa de furto qualificado mediante concurso de pessoas (art. 155, § 4º, IV, c.c art. 14, II, do Código Penal); (b) buscando a aplicação do princípio da insignificância, a defesa apresentou recurso de apelação no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que lhe negou provimento; (c) inconformada, interpôs recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que a Ministra Relatora negou-lhe seguimento.

Nesta ação, sustenta a impetrante, em síntese, que: (a) “conforme se apurou, a *res furtiva* objeto do delito de furto tentado, foi avaliada no valor total de R\$ 48,00 (quarenta e oito reais), conforme auto de exibição e apreensão e auto de avaliação, e consiste em 2 (dois) sabonetes líquidos íntimos, subtraídos de um estabelecimento comercial; (b) “dessa forma, flagrante que o bem jurídico tutelado, qual seja, o patrimônio, não viria a sofrer dano mesmo consumado o delito de furto, eis que a subtração foi ínfima e não teria o condão de lesá-lo”. Requer, assim, a concessão da ordem, para que seja aplicado o princípio da insignificância, reconhecendo a atipicidade da conduta e, subsidiariamente, seja fixado o regime inicial aberto.

2. Os pacientes foram denunciados pela prática do crime de tentativa de furto qualificado mediante concurso de pessoas (art. 155, § 4º, IV, c.c art. 14, II, do Código Penal), pois, em 30 de setembro de 2010, tentaram subtrair, para proveito comum, dois sabonetes líquidos íntimos, marca Dermacid, avaliados em R\$ 48,00, conforme auto de exibição e apreensão, pertencentes ao estabelecimento Empório Carisma Ltda. Lê-se, a

propósito, o modo de execução do crime, descrito na denúncia:

“Conforme se apurou os indiciados após se ajustarem para a prática do furto, se dirigiram ao estabelecimento comercial. Assim, a indiciada JESSICA subtraiu os frascos de sabonete líquido, colocando-os dentro da bolsa, ao passo que o comparsa WELLINGTON se posicionava em frente a ela para que a ação criminosa não fosse vista.

Os agentes saíram do estabelecimento na posse da *res furtiva*, porém foram abordados pelo representante do estabelecimento, que, ao revistar a bolsa da indiciada, encontrou os objetos furtados, acionando então policiais militares que compareceram no local e efetuaram a prisão em flagrante. Os indiciados ostentam antecedentes criminais.”

3. Ao que se constata das decisões das instâncias ordinárias e da via especial, não se considerou aplicável, neste caso, o princípio da insignificância à consideração de que os pacientes “são reincidentes por crimes patrimoniais”. Esse mesmo entendimento foi adotado pelo STJ, no REsp 1.424.175/SP, ato agora atacado, que tem por fundamento a alta carga de reprovabilidade da conduta, decorrente da reiteração criminosa do agente. Eis, a propósito, o registro daquela Corte Superior:

Passo à análise do mérito. Consta nos autos que os Recorrentes foram denunciados pela prática da conduta prevista no art. 155, § 4.º, inciso IV, do Código Penal. Narra a inicial acusatória que no dia 30 de setembro de 2010, na cidade de São Paulo/SP, os Acusados teriam tentado subtrair, do interior do Empório Carisma LTDA, dois frascos de sabonete íntimo, avaliados em R\$ 48,00 (quarenta e oito reais) (fls. 3/4).

Os Réus foram condenados em primeira instância às penas de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, no regime inicialmente semiaberto, e 5 (cinco) dias-multa pela prática do delito do art. 155, § 4.º, inciso IV, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal (fls. 150/154).

A apelação criminal interposta pela Defesa foi desprovida pelo Tribunal *a quo*, em acórdão assim fundamentado, no que interessa:

*"[...] Inviável, no caso em tela, a incidência do princípio da insignificância. Pelo que verte dos autos, em que pese o reduzido valor da res furtiva, a conduta dos réus, consideradas as características do caso em tela, possui razoável grau de inadequação social. **Importa considerar, a propósito, que os acusados são reincidentes por crimes patrimoniais (fls. 76 e 82).***

Ademais, a aplicação do princípio da insignificância, instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, não tem como pressuposto, tão somente, a baixa ofensividade da conduta dos agentes, pois, dessa forma, não se estaria, em determinadas situações, promovendo a necessária prevenção penal, mas discriminações e, por vezes, o incentivo da criminalidade, em particular, no âmbito dos crimes patrimoniais.

Importa considerar, ainda, que a importância do bem subtraído, avaliado em R\$ 48,00 (quarenta e oito reais), não poder ser tida como insignificante.

Portanto, a observância conjunta do princípio da adequação social da conduta, o que permite importante contextualização social das condutas dos acusados, é indispensável à identificação das hipóteses de aplicação do princípio em tela. [...]" (fls. 277/278; sem grifo no original.) (...)

No caso, não há como se afirmar o desinteresse estatal à repressão do delito praticado pelos Recorrentes pela contumácia na prática de delitos contra o patrimônio, pois verifica-se às fls. 99 e 106 que os mesmos são reincidentes.

4. O caso, portanto, não diz respeito a um simples e isolado furto de dois frascos de sabonete íntimo. Trata-se, na verdade, de um furto qualificado (de pequeno valor, é certo), praticado por agentes reincidentes em crimes patrimoniais, que somente não se consumou em

razão da perspicácia do gerente do estabelecimento comercial. 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 ao 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 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 quando há contumácia na prática de delitos da mesma natureza, reporto-me ao

HC 123533 / SP

voto em caso semelhante (HC 111.077, Segunda Turma, 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, 2^a 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. Apesar 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

HC 123533 / SP

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)’ (ZAFFARARONI, 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:

“Sendo os réus reincidentes, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Pelo mesmo motivo, fixo o regime inicial semiaberto para início de cumprimento da pena”

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 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

HC 123533 / SP

66.708/SP, Min. Rel. EDSON VIDIGAL, DJ de 24.06.1996, esse último assim ementado:

“PENAL. PROCESSUAL. REGIME PRISIONAL. RÉU REINCIDENTE.

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 REINCIDENTE: 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 ensejadores da publicação do enunciado sumular revelam, em linhas gerais, que a existência da circunstância *objetiva* da reincidência não poderia, por si só, ser susceptível de causar grave desproporcionalidade, sobretudo se considerado que a base normativa do Código Penal no quesito de dosimetria é marcada essencialmente pela necessidade de o juiz sentenciante valorar 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, e 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 consequência 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. Por isso é que 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, assim, a orientação do STJ relativamente a réus reincidentes com penas inferiores a 4 anos, a quem aquela Corte têm 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 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, nos termos como postulada, mas a concedo de ofício para fixar como aberto o regime inicial. É o voto.