

HABEAS CORPUS 176.564 SÃO PAULO

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
PACTE.(S) : MARCELIO BRAGA DA SILVA
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 520.686 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus contra decisão monocrática de Ministro de Tribunal Superior. Crime de furto simples. Não exaurimento da instância antecedente. Não se conhece de *habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática de Ministro de Tribunal Superior. Precedentes. Princípio da insignificância. Reincidência. Irrelevância. Particularidades do caso concreto. Mínima ofensividade da conduta e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Constrangimento ilegal evidenciado. Precedentes. Concessão da ordem de ofício.

Vistos etc.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de Marcelio Braga da Silva, contra decisão monocrática da lavra do Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC 520.686/SP.

O paciente foi condenado à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de furto simples (art. 155, *caput*, do Código Penal).

Extraio do ato dito coator:

HC 176564 / SP

“(...)”

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de ‘habeas corpus’ em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no ‘mandamus’.

Para a adequada delimitação da ‘quaestio’, transcrevo trechos do v. acórdão ora impugnado, no que interessa à espécie:

(...)

‘In casu’, a paciente foi condenada pela prática do delito previsto no art. 155, ‘caput’, do Código Penal. Como se vê do excerto acima transcrito, o princípio da insignificância foi afastado pela existência de condenações transitadas em julgado em desfavor do paciente e pela análise da vida pregressa do paciente que vem praticando delito contra o patrimônio com habitualidade.

A meu ver, a aplicação do princípio da insignificância deveria ficar restrita ao exame do fato típico, a fim de se constatar a existência de tipicidade material na conduta levada a efeito.

Todavia, pela jurisprudência do eg. Supremo Tribunal Federal (HC n. 101.998/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 31/3/2011 e HC n. 103.359/RS/MG, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, DJe de 22/3/2011) e desta Corte (HC n. 143.304/DF, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, DJe de 4/5/2011 e HC n. 182.754/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 27/5/2011), tal circunstância, por si só, não se revela suficiente para o reconhecimento do crime de bagatela. Nessa linha, com relação a qual guardo reservas, deve-se observar, também, as peculiaridades do caso concreto e as características do autor.

De fato, é pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que o paciente reincidente ou possuidor de maus antecedentes indica a reprovabilidade do comportamento a afastar a aplicação do princípio da insignificância.

Nesse sentido:

(...)

HC 176564 / SP

Quanto à tese defensiva, da ausência de fundamentação para exasperação da pena-base, observo que não justifica a concessão da ordem.

É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, inciso IX, Constituição Federal), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal brasileiro, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o juiz sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se, na primeira fase da dosimetria, pelos oito fatores indicativos relacionados no 'caput' do art. 59 do Código Penal, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da decisão que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Além disso, não se admite a adoção de um critério puramente matemático, baseado apenas na quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis, até porque de acordo com as especificidades de cada delito e também com as condições pessoais do agente, uma dada circunstância judicial desfavorável poderá e deverá possuir maior relevância (valor) do que outra no momento da fixação da pena-base, em obediência aos princípios da individualização da pena e da própria proporcionalidade.

Sobre o tema, colaciono os seguintes julgados desta Corte Superior:

(...).

Assim, analisando a primeira fase da dosimetria, constata-se que as instâncias ordinárias consideraram como desfavorável as diversas anotações criminais configuradoras de maus antecedentes, por crime de mesma natureza, ostentadas pelo paciente desde o começo dos anos 2000.

Desse modo, tendo a dosimetria, neste ponto, operado-se dentro

HC 176564 / SP

do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, considerando o caso concreto e a maior reprovabilidade da conduta, não se revela, de plano, flagrante ilegalidade capaz de ensejar a concessão da ordem de ofício. A reavaliação das circunstâncias judiciais do caso por este Superior Tribunal redundaria em revolvimento do acervo fático-probatório, inviável nesta instância extraordinária e na via estreita do 'writ'.

(...)

No que toca à fração de aumento pela reincidência, como é cediço, o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou diminuição da pena em razão de circunstâncias agravantes ou atenuantes, cabendo ao magistrado fixar o patamar necessário dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.

Nesse contexto, predomina nesta Corte o entendimento de que o aumento da pena em patamar superior a 1/6, em virtude da incidência de circunstância agravante, demanda fundamentação concreta e específica para justificar o incremento em maior extensão. Nesse sentido:

(...)

Nesse compasso, resulta imperativo considerar o entendimento firmado no julgamento do HC n. 365.963/SP (de minha relatoria, DJe 23/11/2017), oportunidade em que a Terceira Seção desta Corte 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.

Referido julgamento assentou-se na premissa de que o réu, mesmo ostentando condenação anterior por delito idêntico, não merece maior reprovabilidade na sua conduta, haja vista que, após a reforma da Parte Geral do Código Penal, operada em 11/7/1984, não há mais distinção entre os efeitos da reincidência genérica e específica, sendo inadmissível que o aplicador da lei assim o proceda, sob pena de ofensa aos princípios da legalidade e da proporcionalidade.

Nesse contexto, alinhado à jurisprudência que se firmou no âmbito da Terceira Seção, extrai-se que a reincidência específica,

HC 176564 / SP

justamente por não possuir maior desvalor no confronto com a atenuante da confissão espontânea, também não pode ensejar maior incremento da pena quando incidir, de forma isolada, na segunda fase da dosimetria. Nesse sentido:

(...)

No caso, denota-se que o v. acórdão impugnado, na segunda fase da dosimetria da paciente, não promoveu a compensação integral entre a agravante da reincidência específica e a atenuante da confissão, por entender ser aquela preponderante.

Assim, na hipótese em análise, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal, uma vez que, reconhecida a confissão, de rigor a sua compensação com a reincidência, mesmo específica, pois o caso não apontou nenhuma peculiaridade à agravante do art. 61, I, do CP que implicasse a necessidade de uma maior resposta penal.

(...)

Passo ao redimensionamento da pena:

Fixada a pena-base acima do mínimo legal em 3 (cinco) anos de reclusão e compensada a agravante da reincidência com a atenuante da confissão, fica a reprimenda definitivamente estabelecida em 3 (três) anos de reclusão, mais pagamento de 35 (trinta e cinco) dias-multa, ante a ausência de causas de aumento ou de diminuição na terceira fase da dosimetria.

Ante o exposto, não conheço do 'habeas corpus'.

Contudo, concedo a ordem, de ofício, apenas para promover a compensação integral entre a agravante da reincidência e atenuante da confissão espontânea, redimensionando a pena do paciente para 3 (três) anos de reclusão, mais pagamento de 35 (trinta e cinco) dias-multa, mantido [sic] os demais termos da condenação."

No presente *writ*, a parte Impetrante defende a aplicação do princípio da insignificância. Para tanto, destaca o ínfimo valor da *res furtiva*. Assevera que a reincidência não obsta a aplicação do aludido princípio. Sustenta inidônea a fundamentação utilizada para a exasperação da pena-base acima do mínimo legal e para a fixação de regime prisional mais gravoso. Requer, em medida liminar, a suspensão dos efeitos da condenação até o julgamento final da presente impetração.

HC 176564 / SP

No mérito, pugna pela absolvição do paciente ou, subsidiariamente, pelo redimensionamento da pena.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, opina pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.

Decido.

Há óbice ao conhecimento do presente *habeas corpus*, uma vez que não foi esgotada a jurisdição do Tribunal Superior antecedente. O ato impugnado é decisão monocrática e não o resultado de julgamento colegiado.

O exaurimento da instância no Tribunal Superior é condição para instaurar a competência desta Suprema Corte com base nos artigos 102, I, *i*, e 102, II, *a*, da Constituição Federal. Como bem enfatizado pelo saudoso Ministro Teori Zavascki, *o exaurimento da jurisdição e o atendimento ao princípio da colegialidade, pelo tribunal prolator, se dá justamente mediante o recurso de agravo interno, previsto em lei, que não pode simplesmente ser substituído por outra ação de habeas corpus, de competência de outro tribunal. A se admitir essa possibilidade estar-se-á atribuindo ao impetrante a faculdade de eger, segundo conveniências próprias, qual tribunal irá exercer o juízo de revisão da decisão monocrática: se o STJ, juízo natural indicado pelo art. 39 da Lei 8.038/1990, ou o STF, por via de habeas corpus substitutivo. O recurso interno para o órgão colegiado é, em verdade, medida indispensável não só para dar adequada atenção ao princípio do juiz natural, como para exaurir a instância recorrida, pressuposto para inaugurar a competência do STF* (HC 122.275-AgR/SP, Rel. Min. Teori Zavascki) (destaquei). No mesmo sentido: HC 113.468/SP, Rel. Min. Luiz Fux; HC 117.346/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia; HC 119.821/TO, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 122.381/SP, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 170.518/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes; HC 173.084/SP, Rel. Min. Celso de Mello; HC 186.452/SP, Rel. Min. Edson Fachin; HC 185.088/CE, Rel. Min. Roberto Barroso.

Na esteira da orientação do Ministro Celso de Mello, [e]sta Suprema Corte (...) compreende que a cognoscibilidade da ação de “*habeas corpus*” supõe,

HC 176564 / SP

em contexto idêntico ao de que ora se cuida, a existência de decisão colegiada da Corte Superior apontada como coatora, situação incorrente na espécie (HC 183.035/CE).

Identifico, porém, nos presentes autos, situação excepcional de flagrante ilegalidade que autoriza a concessão da ordem de ofício, uma vez que se acha caracterizada, na espécie, hipótese de atipicidade material da conduta atribuída ao ora paciente.

De início, registro que, no julgamento dos HCs 123.108/MG, 123.533/SP e 123.734/MG, todos de relatoria do Ministro Roberto Barroso, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que a aplicação do princípio da insignificância deve ser feita caso a caso, envolvendo juízo mais abrangente do que a análise específica do resultado da conduta. Naquela oportunidade, fixou-se a tese de que *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*. No entanto, registrou-se ser *indispensável averiguar o significado social da ação, a adequação da conduta, a fim de que a finalidade da lei fosse alcançada*.

In casu, pelo que se extrai do teor da sentença condenatória, o paciente foi condenado pelo furto de um conjunto de painéis, avaliado em 100 (cem) reais (evento 2, fl. 01). O evento delituoso foi assim relatado pelo Juízo sentenciante:

“Segundo a denúncia, na data dos fatos, o acusado se apoderou de um jogo de painéis do estabelecimento da vítima e o repassou para outra pessoa não identificada. Após, fugiu.

Consta também que sua conduta criminosa foi vista e suas características foram repassadas para a Polícia, tendo os policiais militares logrado deter o acusado.

(...)

A vítima Evandro afirmou que encontrou o réu na rua, quando estava indo para a loja, ele estava com o jogo de painéis e achou estranho porque não estava embalado. Foi para a loja e viu que estava faltando o jogo de painéis. Viu pelas câmeras que o acusado tinha furtado o jogo de painéis que estava em suas mãos. Encontrou uma

HC 176564 / SP

viatura da polícia militar e conseguiram localizá-lo em uma praça. Perguntou para os funcionários se eles tinham vendido o aparelho de panelas e eles nem tinham visto o acusado sair com o bem.”

Ao negar provimento ao recurso defensivo, a Corte estadual assentou que *O crime de bagatela, ou o denominado princípio da insignificância, não tem previsão no ordenamento jurídico pátrio, sendo, portanto, inaplicável* (evento 2, fl. 13), destacando, ainda, a existência de outras condenações penais contra o paciente pela prática de crimes contra o patrimônio.

Outra não foi a conclusão a que chegou, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), cuja decisão monocrática – ora impugnada – deixou registrada a tese segundo a qual *o paciente reincidente ou possuidor de maus antecedentes indica a reprovabilidade do comportamento a afastar a aplicação do princípio da insignificância.*

No entanto, penso ser o caso de reconhecimento da atipicidade material da conduta, considerada em uma perspectiva conglobante (ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11^a ed., rev. e atual., São Paulo: RT, 2015, p. 414/415). Assinalo, a propósito do tema em causa, que esta Suprema Corte possui sólida orientação no sentido de que o princípio da insignificância pressupõe, para a sua aplicação, *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* (RHC 113.381/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 20.02.2014).

Além disso, cabe insistir que, *No julgamento conjunto dos HCs 123.108, 123.533 e 123.734 (Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 01.02.2016), o Plenário desta Corte firmou o entendimento de que, no delito de furto simples, a reincidência não impede, por si só, a possibilidade de atipia material* (RHC 140.017/SC, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe de 27.6.2017) (destaquei).

Registro que esse entendimento ainda prevalece, como

HC 176564 / SP

jurisprudência consolidada, no âmbito de ambas as Turmas desta Suprema Corte, cujos precedentes têm advertido que a reincidência e/ou a reiteração delitiva não constituem óbices intransponíveis ao reconhecimento da atipicidade material, presente a insignificância da conduta.

Nesse sentido, este Supremo Tribunal tem aplicado o princípio da insignificância – ainda que configurada hipótese de reincidência – em situações nas quais fique evidenciado que a ação supostamente delituosa, embora formalmente típica, revela, em razão de sua mínima lesividade, *ausência de dano efetivo ou potencial ao patrimônio da vítima, ensejando o reconhecimento da atipicidade material da conduta, pela ausência de ofensividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, independente da reincidência do paciente* (HC 186.374-AgR/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 16.10.2020) (destaquei). Daí a razão pela qual esta Suprema Corte, ao examinar caso semelhante ao veiculado no presente *writ*, acentuou que *o reduzidíssimo valor das “res furtivae” (R\$ 40,00 !!!) e as circunstâncias concretas em que se deu a subtração patrimonial, meramente tentada, com a restituição dos objetos (duas peças de queijo !!!) subtraídos à vítima (uma sociedade empresária), justificam, não obstante a condição de reincidência, o reconhecimento do fato insignificante* (HC 155.920-AgR/MG, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 07.10.2020).

Essa mesma visão do tema já foi adotada no âmbito da Primeira Turma deste Tribunal, que, ao julgar o RHC 174.784/MS, Red. p/ o acórdão Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe de 06.5.2020, reconheceu a incidência do princípio em causa, para anular a condenação penal de acusado, com histórico criminal de reincidência, pelo *furto de um carrinho de mão, avaliado em vinte e dois reais* (destaquei). Com o mesmo enfoque, destaco os seguintes julgados:

“RECURSO ORDINÁRIO EM ‘HABEAS CORPUS’ – **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA** – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – **CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA**

HC 176564 / SP

TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL – DELITO DE FURTO SIMPLES (CP, ART. 155, ‘CAPUT’) – ‘RES FURTIVA’ NO VALOR APROXIMADO DE R\$ 100,00 (CEM REAIS) – DOCTRINA – PRECEDENTES – REINCIDÊNCIA – SITUAÇÃO QUE NÃO DESCARACTERIZA, POR SI SÓ, O FATO INSIGNIFICANTE – PRECEDENTES, NESSE SENTIDO, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.” (RHC 163.611/MS, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 07.10.2020).

“Penal e Processual Penal. 2. Furto e insignificância. 3. 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. Precedentes (HCs 123.108, 123.533 e 123.734, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 1º.2.2016). 4. O reconhecimento da majorante em razão do cometimento do furto em período noturno não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto. Precedentes (RHC 153.694 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 27.8.2018; HC 136.896, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 20.2.2017). 5. Hipótese de furto de R\$ 4,15 em moedas, uma garrafa de CocaCola, 290ml, duas garrafas de cerveja, 600ml, e uma garrafa de pinga marca 51, 1 litro, tudo avaliado em R\$ 29,15, restituídos à vítima. 6. Agravo regimental desprovido, de modo a manter integralmente a decisão monocrática que reconheceu a atipicidade da conduta em razão da insignificância. (HC 181.389-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe 25.5.2020 – destaquei)

“HABEAS CORPUS’. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PACIENTE REINCIDENTE. PECULIARIDADE DO CASO. 1. Acolher o aspecto subjetivo como determinante para caracterização da contravenção penal equivale a criminalizar, em verdade, a condição pessoal e econômica do agente, e não fatos objetivos que causem relevante lesão a bens jurídicos importantes ao meio social (trecho do voto do Ministro Gilmar

HC 176564 / SP

Mendes no RE 583523). 2. **Paciente condenado pelo delito de furto qualificado** pelo concurso de pessoas, à pena de 2 anos e 3 meses de reclusão **pela subtração, na companhia de sua esposa, de uma calça infantil, avaliada em R\$ 15,00**. 3. Observados o reduzido valor do objeto subtraído e o fato de ter ocorrido a imediata restituição da calça à vítima, percebe-se de plano a desproporção grosseira entre a resposta punitiva e a lesão (ou ausência dela) causada pela conduta. 4. **Ordem concedida.**" (HC 118.688/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, decisão monocrática, DJe de 21.11.2016 – destaquei)

Cito, ainda, no mesmo sentido: HC 159.592-AgR/PR, Red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 15.4.2020; HC 137.517/MG, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 01.02.2018; HC 138.557/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 17.11.2017.

No caso concreto, a análise objetiva do fato **formalmente** delituoso cuja autoria fora atribuída ao ora paciente – *furto simples de 01 (um) conjunto de painelas, avaliado em 100 (cem) reais* – revela que a conduta em questão atende aos pressupostos reclamados pela jurisprudência desta Corte para efeito de incidência do princípio da insignificância, pois se mostra evidente, na espécie, (a) a mínima ofensividade da conduta do agente; (b) a ausência de periculosidade social da ação; (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Destaco, ainda, para fins de reconhecimento do *crime de bagatela*, que a subtração patrimonial em causa consumou-se sem o emprego de qualquer tipo de violência ou grave ameaça.

Nesse contexto, não vislumbro, na conduta praticada pelo apenado, reprovabilidade suficiente a justificar a manutenção do édito condenatório, presente a hipótese do art. 397, inciso III, do CPP.

Ante o exposto, **concedo a ordem** de *habeas corpus*, para reconhecer a atipicidade material da conduta atribuída ao paciente e, em consequência, **absolvê-lo** da acusação contra ele formulada nos autos do processo criminal nº 0107006-23.2017.8.26.0050 (Juízo da 4ª Vara Criminal do Foro

HC 176564 / SP

Central Criminal Barra Funda da Comarca de São Paulo/SP).

Comunique-se, com urgência.

Publique-se.

Brasília, 28 de janeiro de 2021.

Ministra Rosa Weber

Relatora