



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000317820

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502091-96.2024.8.26.0535, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante KAUAN MOREIRA CABRAL DA SILVA (MENOR), é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **conheceram do recurso e, no mérito, por v.u. deram-lhe parcial provimento para: a) afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis; b) reconhecer o privilégio e aplicar a pena de multa isoladamente, nos termos do parágrafo 2º do artigo 155 do Código Penal; c) readequar a reprimenda do apelante para 10 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 155, §§ 2º e 4º, inciso IV, combinado com o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, mantendo-se, no mais, a r. sentença em seus termos**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) E RENATA WILLIAM RACHED CATELLI.

São Paulo, 31 de março de 2025.

MARCOS ZILLI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Voto nº 9761

16ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal nº 1502091-96.2024.8.26.0535

Apelante: Kauan Moreira Cabral da Silva

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos

DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO DA DEFESA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO. CONDENAÇÃO MANTIDA COM AJUSTE NA DOSIMETRIA. CONHECIMENTO DO RECURSO E PARCIAL PROVIMENTO.

1. CASO EM EXAME

1.1. Apelação interposta pela defesa do apelante KAUAN MOREIRA CABRAL DA SILVA, contra a r. sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos, que o condenou à pena de 1 ano e 4 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direito, e ao pagamento de 6 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 155, §4º, inciso IV, combinado com o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

1.2. A defesa pugna pela absolvição por atipicidade material, invocando a aplicação do princípio da insignificância. Subsidiariamente, pugna pela redução da reprimenda pela aplicação do privilégio.

2. DO FATO SUBMETIDO A JULGAMENTO

Apelante condenado pela prática de furto qualificado tentado porque, nas condições descritas na denúncia, agindo em comparsaria com outro indivíduo, subtraiu, para proveito comum, 9 unidades de Nutella de propriedade de um estabelecimento comercial, não consumando o delito por circunstâncias alheias à sua vontade, eis que foi detido em flagrante quando se preparava para sair do estabelecimento comercial,

momento em que foi detido pelos agentes de fiscalização.

3. RAZÕES DE DECIDIR

3.1. Condenação adequada. Materialidade delitiva e autoria comprovadas pelo registro da apreensão da *res furtiva*, pelas imagens captadas pelas câmeras de monitoramento e pelos relatos do representante do estabelecimento-vítima que testemunhou a detenção do acusado em estado flagrancial. Confissão judicial.

3.2. Juízo de adequação penal típica. Pleito objetivando a absolvição por atipicidade material. Inaplicabilidade do princípio da insignificância. Bens avaliados em R\$380,61. Valor que supera 10% do salário-mínimo. Precedentes do STJ. A restituição imediata e integral do bem furtado não constitui, por si só, motivo suficiente para a incidência do princípio da insignificância. Tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de repercussão geral (Tema 1205).

3.3. Individualização da pena. Pena-base exasperada em razão de registros da Justiça da Infância e da Juventude e por ter sido preso em flagrante enquanto se encontrava em gozo de liberdade provisória. Fundamentação inidônea. Personalidade negativa não comprovada. Impossibilidade de valoração dos registros de ato infracional no âmbito das circunstâncias judiciais. Precedentes. Aplicação da Súmula 444/STJ que veda a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Confissão espontânea corretamente reconhecida. Tentativa aplicada com redução em 1/3.

3.4. Possibilidade de reconhecimento do furto em sua forma privilegiada. Qualificadora de origem objetiva (Súmula 511/STJ). Acusado primário. Mercadorias avaliadas em aproximadamente R\$380,00. Delito que não ultrapassou a esfera da tentativa. Restituição integral das mercadorias furtadas. Elementos que revelam a suficiência da imposição da pena de multa, a qual é aplicada no mínimo legal.

4. DISPOSITIVO

Recurso conhecido e parcialmente provido para reduzir a reprimenda do apelante para o pagamento de 10 dias-multa, no mínimo legal.

5. LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA RELEVANTES CITADAS:

Legislação Citada: Código Penal, art. 155, §§ 2º e 4º, inciso IV; art. 14, inciso II.

Jurisprudência Citada: STJ, AgRg no AREsp 1752102/PR, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta

Turma, julgado em 23/03/2021, DJe 29/03/2021. STJ, AgRg no REsp 1883330/PE, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020. STJ, AgRg no HC 615.812/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 07/12/2020, DJe 10/12/2020. STJ, AgRg no AREsp 1052147/AM, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/04/2017, DJe 04/05/2017. STJ, REsp n. 2.062.095/AL, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 25/10/2023, DJe de 30/10/2023. STJ, REsp n. 2.062.375/AL, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 25/10/2023, DJe de 30/10/2023. STJ, HC 623.117/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 09/02/2021, DJe 12/02/2021. STJ, REsp 1702051/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018. STJ, HC 355.752/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017. STJ, HC 190.569/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 12/09/2012. STJ, AgRg no REsp 1706416/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018. STJ, HC 415.384/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 05/10/2017, DJe 11/10/2017.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela defesa de **KAUAN MOREIRA CABRAL DA SILVA**, contra a r. sentença proferida pelo **MM. Juiz de Direito Caio Ferraz de Camargo Lopasso, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos**, que, julgando procedente a ação penal, condenou o apelante à pena de 1 ano e 4 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direito, e ao pagamento de 6 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 155, §4º, inciso IV, combinado com o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal (fls. 141/147).

Em suas razões, a defesa pugna pela absolvição por atipicidade material, invocando a aplicação do princípio da insignificância, sustentando que os bens subtraídos são inexpressivos e foram restituídos ao estabelecimento-vítima. Mantida a condenação, pugna pela aplicação do privilégio (fls. 168/181).

Contrarrazoado (fls. 187/194), em parecer, a d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo improvimento do recurso (fls. 208/217).

Eis, em síntese, o relatório.

1. Do juízo de admissibilidade recursal

A apelação deve ser admitida.

Estão presentes, na hipótese, os pressupostos recursais objetivos. O recurso é cabível, pois a sentença é recorrível e a parte se valeu da via impugnativa adequada. Foi interposto tempestivamente, observando-se as formalidades exigidas. Também estão presentes os pressupostos subjetivos. A parte possui legitimidade e interesse recursal, na medida em que almeja a obtenção de provimento diverso daquele obtido em sentença.

2. Do recurso interposto pela defesa

2.1. Dos fatos provados

O apelante foi denunciado e processado pela prática do delito tipificado pelo art. 155, §4º, inciso IV, combinado com o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, porque, no dia 08 de agosto de 2024, por volta de 12h48min, nas dependências do mercado “Comercial Esperança”, localizado na Avenida Sete de Setembro, nº 1.994, Vila Galvão, na cidade e comarca de Guarulhos, agindo em concurso, com unidade de propósitos e desígnios com indivíduo conhecido apenas como “Willian”, tentou subtrair, para proveito comum, 09 (nove) potes de Nutella, avaliados no total de R\$ 380,61 (trezentos e oitenta reais e sessenta e um centavos), pertencentes ao referido estabelecimento comercial, somente não consumando o delito por circunstâncias alheias à sua vontade (fls. 01/04).

Conforme narrado pela denúncia, o acusado e seu comparsa, tencionados à prática de furto, dirigiram-se até o estabelecimento comercial onde o

segundo pegou alguns potes de Nutella, que estavam expostos à venda, e os colocou dentro da mochila que o primeiro carregava nas costas. Os agentes se dirigiram até a porta de saída do mercado, sem passarem pelos caixas, momento em que um dos funcionários notou a ação delituosa e conseguiu abordar o acusado. O comparsa conseguiu fugir. Em revista pessoal, dentro da mochila do réu, foi encontrada a *res*.

A persecução penal foi instaurada mediante auto de prisão em flagrante. O acusado foi agraciado com a liberdade provisória em sede de audiência de custódia. Em face de sua prisão em flagrante por fatos semelhantes, teve sua prisão preventiva decretada. Finda a instrução, foi condenado nos termos da denúncia, oportunidade em que foi-lhe concedido o direito de recorrer em liberdade.

A condenação foi correta.

O auto de exibição e apreensão apontou para o encontro de 9 unidades de Nutella as quais foram avaliadas em R\$380,61 (fls. 15/16). No mais, as imagens captadas pelas câmeras de monitoramento, cujo *link* de acesso foi acostado aos autos, flagraram a ação delituosa. Pelo que se infere das filmagens, os agentes ingressaram no estabelecimento-vítima, dirigiram-se até determinado corredor onde o comparsa pegou os produtos que estavam expostos à venda e os colocou na mochila que o réu trazia consigo. Em seguida, dirigiram-se até a saída do estabelecimento sem passar pelos caixas. O réu acabou detido, dentro da loja, enquanto o comparsa se evadiu (vide *link* de fl. 18).

Sob o crivo do contraditório, a representante do estabelecimento-vítima, Leonardo Miranda de Moraes, relatou que, na data dos fatos, o acusado foi abordado na porta da loja pela equipe de prevenção após passar pelos caixas sem efetuar pagamento. Foi detido e o comparsa fugiu. Com o réu foram encontrados os 9 potes de Nutella que foram integralmente recuperados. Frisou que não conhecia o acusado. A ação foi flagrada pela equipe de monitoramento que repassou as informações à equipe de prevenção. Indicou que teria sido o comparsa quem colocou os produtos na mochila do acusado.

O acusado confessou a prática delituosa quando da lavratura do auto de prisão em flagrante (fls. 17), tornado a confessá-la, integralmente, quando ouvido

sob o crivo do contraditório.

De fato, a condenação foi medida acertada. Há prova da materialidade delitiva, notadamente diante da prova documental que demonstra, inequivocamente, a apreensão da *res furtiva*, qual seja, 9 unidades de Nutella. As filmagens obtidas pelas câmeras de monitoramento tornam incontestável a dinâmica delitiva, revelando o envolvimento de dois agentes na tentativa de furto. A prova oral, igualmente, demonstrou a autoria imputada ao acusado. Nesse sentido, destacam-se os relatos fornecidos pelo representante da empresa-vítima, o qual presenciou a detenção do acusado em estado flagrancial, bem como a confissão judicial. A autoria é incontroversa.

Dessa forma, valoradas as provas produzidas sob o crivo do contraditório, verifica-se que são idôneas, coesas e harmônicas, de modo que são suficientes para fundamentar o édito condenatório.

A condenação era medida imperiosa.

2.2. Da qualificação jurídica dos fatos

Correta a tipificação dada em sentença. Os fatos amoldam-se ao delito tipificado pelo art. 155 do Código Penal. A defesa invoca a atipicidade material diante do que considera um insignificante penal.

A tese não prospera.

Os bens subtraídos foram avaliados em R\$380,61, valor este que representa, aproximadamente, 26% do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos (R\$14.12,00), superando o patamar 10% do salário mínimo utilizado como parâmetro objetivo utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça em sua reiterada jurisprudência: **STJ, AgRg no AREsp 1752102/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 29/03/2021; STJ, AgRg no REsp 1883330/PE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020; STJ, AgRg no HC 615.812/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em**

07/12/2020, DJe 10/12/2020; STJ, AgRg no AREsp 1052147/AM, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 04/05/2017.

Com relação à alegação de que os bens subtraídos teriam sido restituídos à empresa-vítima, observo que o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento dos Recursos Especiais nº 2.062.095 e nº 2.062.375, fixou tese de repercussão geral de que *“a restituição imediata e integral do bem furtado não constitui, por si só, motivo suficiente para a incidência do princípio da insignificância”* (Tema Repetitivo 1.205). Os recursos representativos da controvérsia foram assim emendados:

RECURSO ESPECIAL ADMITIDO COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. FURTO. RESTITUIÇÃO IMEDIATA E INTEGRAL DOS BENS SUBTRAÍDOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DESCABIMENTO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS VETORES FIXADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E CONSOLIDADO PELA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. REITERAÇÃO DELITIVA EM CRIMES PATRIMONIAIS. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento no sentido de exigir o preenchimento simultâneo de quatro condições para que se afaste a tipicidade material da conduta. São elas: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) ausência de periculosidade social na ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Saliente-se que o Direito Penal não deve se ocupar de condutas que, diante do desvalor do resultado produzido, não representem prejuízo relevante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

2. No caso, as peculiaridades do caso concreto - o réu apresenta condições subjetivas desfavoráveis, havendo, em seu desfavor, outras 3 ações pelo mesmo delito -, demonstram significativa reprovabilidade do comportamento, não se podendo qualificá-lo como de reduzida ofensividade e periculosidade, considerando que ficou demonstrada pela instância antecedente a contumácia do réu em crimes patrimoniais, o que é suficiente ao afastamento da incidência do princípio da insignificância..

3. Recurso especial desprovido, com a fixação da seguinte tese: a

restituição imediata e integral do bem furtado não constitui, por si só, motivo suficiente para a incidência do princípio da insignificância.

(REsp n. 2.062.095/AL, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 25/10/2023, DJe de 30/10/2023.)

RECURSO ESPECIAL ADMITIDO COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. FURTO. RESTITUIÇÃO IMEDIATA E INTEGRAL DOS BENS SUBTRAÍDOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DESCABIMENTO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS VETORES FIXADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E CONSOLIDADO PELA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. FURTO QUALIFICADO MEDIANTE CONCURSO DE PESSOAS. VALOR DO OBJETO SUBTRAÍDO SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento no sentido de exigir o preenchimento simultâneo de quatro condições para que se afaste a tipicidade material da conduta. São elas: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) ausência de periculosidade social na ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Saliente-se que o Direito Penal não deve se ocupar de condutas que, diante do desvalor do resultado produzido, não representem prejuízo relevante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

2. No caso, as peculiaridades do caso concreto - prática delituosa na forma qualificada mediante concurso de pessoas somado ao valor da res furtivae superior a 10% do valor do salário mínimo da época (equivalente a cerca de 55% do salário mínimo) -, demonstram significativa reprovabilidade do comportamento e relevante periculosidade da ação, o que é suficiente ao afastamento da incidência do princípio da insignificância.

3. Recurso especial desprovido, com a fixação da seguinte tese: **a restituição imediata e integral do bem furtado não constitui, por si só, motivo suficiente para a incidência do princípio da insignificância.**

(REsp n. 2.062.375/AL, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 25/10/2023, DJe de 30/10/2023.)

Presente, ademais, a qualificadora relativa ao concurso de agentes. As imagens obtidas pelas câmeras de monitoramento, aliado aos relatos do representante do estabelecimento-vítima, revelam que o acusado agiu em comparsaria com outro indivíduo não identificado, o qual colaborou com a ação delituosa ao retirar os

produtos da prateleira e colocá-los na mochila. Evidente, portanto, a pluralidade de contribuições e de agentes, bem como a planificação subjetiva para a realização, em conjunto, de um mesmo fato típico. Correto o reconhecimento da qualificadora.

O crime não se consumou. O curso executivo do furto foi interrompido pela ação dos funcionários do mercado que conseguiram deter o acusado quando ainda se encontrava no interior do estabelecimento-vítima. O acusado, é certo, já se preparava para deixar o local, sendo surpreendido na porta do estabelecimento, indicando que o *iter criminis* foi interrompido em seu estágio final dada a aproximação do momento consumativo.

Identificado, ainda, o elemento subjetivo, representado pelo dolo, consistente na ciência e vontade de realizar as elementares do tipo penal.

Não há causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.

2.3. Da individualização da pena

Na primeira fase da dosimetria, a autoridade judiciária reconheceu a presença de uma circunstância judicial desfavorável – personalidade “delinquente” – e fixou a pena-base em 2 anos e 4 meses de reclusão e o pagamento de 11 dias-multa.

O cálculo comporta reparos. Ao reconhecer a circunstância judicial desfavorável, a autoridade judiciária apontou que o acusado registrava três medidas de internação na Fundação Casa pela prática do tráfico de drogas, além de ter sido preso em flagrante, pela prática de furto, enquanto se encontrava em gozo de liberdade provisória. Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, através de ambas as suas Turmas, sedimentou o entendimento de que o registro da prática de ato infracional não configura infração penal, motivo pelo qual a circunstância não se mostra idônea a justificar a exasperação da pena-base por força dos maus antecedentes, da personalidade negativa ou da conduta social desfavorável. Os seguintes julgados ilustram o entendimento supramencionado:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO

PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. DOSIMETRIA. ATOS INFRACIONAIS ANTERIORES. INCREMENTO DA PENA-BASE. JUSTIFICATIVA INIDÔNEA. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. CIRCUNSTÂNCIA DEVIDAMENTE VALORADA. BEM DE ALTO VALOR. COMPRAS REALIZADAS COM CARTÃO SUBTRAÍDO. PREJUÍZO CONSIDERÁVEL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. OFENSA A PATRIMÔNIOS DISTINTOS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 3. **Conforme o entendimento firmado no âmbito na Terceira Seção, a prática de ato infracional não justifica a exasperação da pena-base, por não configurar infração penal, não podendo, portanto, ser valorada negativamente na apuração da vida pregressa do réu a título de antecedentes, personalidade ou conduta social.** (...) 7. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, fim de afastar da primeira fase da dosimetria a consideração das passagens do paciente pela Vara da Infância e Juventude como circunstância desfavorável, determinando ao Juízo das Execuções que proceda à nova dosagem da pena.

(STJ, HC 623.117/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/2021, DJe 12/02/2021)

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. CONDUTA SOCIAL. USUÁRIO DE DROGAS. ARGUMENTO INADEQUADO. **PERSONALIDADE. PASSAGENS PELA VARA DA INFÂNCIA. IMPROPRIEDADE.** MOTIVO DO CRIME. APROPRIAÇÃO DE BENS. DELITO PATRIMONIAL. ARGUMENTO INADEQUADO. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ATENUANTES DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE RELATIVA. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO DA PENA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE. 1. Conforme entendimento das duas Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, o fato de o réu ser usuário de droga, por si só, não justifica a valoração negativa de sua conduta social e o consequente aumento da pena-base. 2. **Há impropriedade na majoração da pena-base pela consideração negativa da personalidade do agente em razão da prévia prática de atos infracionais, pois é impossível exacerbar a reprimenda criminal com base em passagens pela Vara da Infância.** (...) 7. Recurso especial provido em parte.

(STJ, REsp 1702051/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A

RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FURTO SIMPLES DOSIMETRIA. PENA-BASE. PERSONALIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. ATO INFRACIONAL E CONDENAÇÃO DEFINITIVA USADA PARA CONFIGURAR A REINCIDÊNCIA. PENA-BASE REDUZIDA E PROMOVIDA A COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A REINCIDÊNCIA E A CONFISSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) - **Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, os atos infracionais anteriormente registrados pelo sentenciado, por não configurarem infrações penais, são inidôneos para subsidiar o aumento da pena-base, seja a título de maus antecedentes, personalidade desfavorável ou conduta social inadequada.** - Esta Quinta Turma, em recente decisão, decidiu que é inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativa a personalidade ou a conduta social do agente (HC 366.639/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017). (...) - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, para redimensionar as penas da paciente para 1 ano e 2 meses de reclusão e 11 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (STJ, HC 355.752/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017)

HABEAS CORPUS. DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. **PERSONALIDADE DESAJUSTADA. ATOS INFRACIONAIS. IMPOSSIBILIDADE PARA FINS DE ELEVAÇÃO DA PENA-BASE.** (...) 3. **Atos infracionais não podem ser considerados como personalidade desajustada ou voltada para a criminalidade para fins de exasperação da pena-base.** (...) 6. Ordem parcialmente concedida para reduzir em parte a pena-base do paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 14 anos, 6 meses e 15 dias de reclusão e pagamento de 22 dias-multa. (STJ, HC 190.569/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 12/09/2012)

Por outro lado, o fato de ter sido preso em flagrante por outros fatos enquanto se encontrava em gozo de liberdade provisória concedida neste feito não poderá ser valorado negativamente para fins de exasperação da pena-base. Ora, eventual reprovabilidade advindo do novo envolvimento criminal deverá ser apurada na ação penal corresponde, sendo que o fato de ter descumprido as condições da

liberdade provisória já acarretaram na revogação do benefício, posto que o réu teve a prisão preventiva decreta nessa oportunidade. De mais a mais, eventual juízo de censura decorrente de mera notícia de prisão em flagrante representaria violação à Súmula 444 do STJ¹ a qual veda a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Assim, afasto as circunstâncias judiciais desfavoráveis e fixo a pena-base no mínimo legal.

Na segunda etapa, foi corretamente reconhecida a confissão espontânea, a qual não surtirá efeitos práticos, nos termos da Súmula 231/STJ.

Na terceira fase, reconhecida a tentativa, a autoridade judiciária reduziu a reprimenda em 1/3, asseverando que o acusado se aproximou do momento consumativo. A redução foi proporcional tendo em vista a aproximação na consumação do delito, ainda mais considerando que o réu foi detido na porta do estabelecimento quando se preparava para deixar o local. Assim, obteve-se a pena de 1 ano e 4 meses de reclusão e o pagamento de 6 dias-multa.

No mais, considerando a primariedade técnica do acusado, mostra-se cabível o reconhecimento do privilégio. O valor do bem que pretendia subtrair foi avaliado em pouco mais de 380 reais. Ainda que o valor não possa ser qualificado de irrelevante, não era excessivo já que à época era inferior ao valor de um salário-mínimo mensal vigente no país. Ainda que se trate de furto qualificado, a qualificadora é de ordem objetiva, revelando-se cabível o reconhecimento do privilégio na esteira da Súmula 511/STJ².

O privilégio é fundado em política criminal que procura atenuar a resposta punitiva quando o valor dos bens subtraídos for reduzido. Afinal, trata-se de crime contra o patrimônio, de modo que a punição há de guardar algum grau de relação com os prejuízos provocados, sobretudo quando as condições subjetivas do agente forem favoráveis. Nesse sentido:

¹ **Súmula 444/STJ:** é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

² **Súmula 511/STJ:** é possível o reconhecimento do privilégio previsto no §2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. FURTO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 155, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. VALOR SUPERIOR A UM SALÁRIO MÍNIMO. 1. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem adotado o valor do salário mínimo como parâmetro para aplicação do privilégio no crime de furto, critério esse que, todavia, não é absoluto, podendo ser consideradas as circunstâncias que permeiam o caso concreto.** (STJ - AgRg no REsp 1706416/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. VALOR DA RES FURTIVAE SUPERIOR A 10% (DEZ POR CENTO) DO SALÁRIO MÍNIMO. RELEVANTE LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. RECONHECIMENTO DA FORMA PRIVILEGIADA. POSSIBILIDADE. BEM DE PEQUENO VALOR E PRIMARIEDADE DO RÉU. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 4. **No que se refere à figura do furto privilegiado, o art. 155, § 2º, do Código Penal, impõe a aplicação do benefício penal na hipótese de adimplemento dos requisitos legais da primariedade e do pequeno valor do bem furtado, assim considerado aquele inferior ao salário mínimo ao tempo do fato. Trata-se, em verdade, de direito subjetivo do réu, não configurando mera faculdade do julgador a sua concessão, embora o dispositivo legal empregue o verbo "poder".** 5. O art. 155, § 2º, do CP apenas menciona o pequeno valor da res furtivae e a primariedade do agente, não sendo admissível que a sua personalidade possa constituir óbice à incidência do privilégio, notadamente se a Corte de origem indeferiu o benefício com fundamento em processos em curso. Decerto, não é facultado ao intérprete criar novos requisitos não elencados na legislação de regência para a concessão da benesse. 6. Tratando-se de réu primário, condenado pelo furto simples de bem de pequeno valor, deve ser reconhecido o privilégio. (STJ - HC 415.384/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2017, DJe 11/10/2017)

Na hipótese dos autos, mostra-se cabível a imposição da pena de multa isoladamente. Ainda que se trate de furto qualificado, observo que o delito não ultrapassou a esfera da tentativa. As mercadorias subtraídas não possuíam valor expressivo, restando abaixo do salário-mínimo mensal nacional vigente à época.

Eram gêneros alimentícios. Cabe destacar que todos os bens foram recuperados e prontamente restituídos ao estabelecimento-vítima, inexistindo prejuízo econômico. O réu ainda colaborou com a instrução ao confessar integralmente a prática delituosa. Assim, nos termos do art. 155, §2º, do Código Penal, aplico, exclusivamente, a pena de multa em seu patamar mínimo de 10 dias-multa.

Não há indicativos de que o réu ostente condição financeira favorável, razão pela qual fixo o valor de cada dia-multa em 1/30 do maior salário-mínimo ao tempo dos fatos.

3. Do voto

Ante o exposto, pelo meu voto, conheço do recurso e, no mérito, **dou-lhe parcial provimento para: a) afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis; b) reconhecer o privilégio e aplicar a pena de multa isoladamente, nos termos do parágrafo 2º do artigo 155 do Código Penal; c) readequar a reprimenda do apelante para 10 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 155, §§ 2º e 4º, inciso IV, combinado com o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, mantendo-se, no mais, a r. sentença em seus termos.**

MARCOS ZILLI

Relator