

**Furto qualificado - Escalada - Coisa de pequeno valor - Antecedentes criminais - Crime de bagatela - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Condenação - Fixação da pena - Confissão espontânea - Reincidência - Compensação - Assistência judiciária - Isenção de custas**

Ementa: Processual penal. Crime contra o patrimônio. Furto qualificado. Princípio da insignificância. Absolvição. Impossibilidade. Lesividade da conduta. Reprovabilidade da ação. Decote da qualificadora de escalada. Impossibilidade. Aplicação da atenuante da confissão espontânea. Necessidade. Compensação com agravante. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Expressa vedação legal a réu reincidente específico. Justiça gratuita. Concessão. Réu defendido por assistência judiciária. Equiparação à Defensoria Pública.

- A aplicação do princípio da insignificância somente se justifica quando a coisa furtada é de ínfimo valor e o agente não revele má personalidade ou antecedentes comprometedores indicativos de que há probabilidade de que ele vai voltar a delinquir.

- Quando o agente emprega esforço incomum para penetrar no local dos fatos, atingindo altura inalcançável pelo homem comum, há de se reconhecer a escalada.

- O princípio da isonomia (igualdade) é o princípio constitucional informador da concessão pelo Estado do benefício da justiça gratuita, permitindo a todos, pobres ou ricos, o acesso ao Poder Judiciário. O Estado de Minas Gerais, nesse tocante, editou a Lei 14.939/2003, que em seu art. 10 isenta do pagamento de custas os que provarem insuficiência de recursos e os que forem beneficiários da assistência judiciária.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0702.07.367401-3/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Márcio Roberto Caetano Rosa - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª MARIA CELESTE PORTO**

#### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 19 de agosto de 2008. - *Maria Celeste Porto* - Relatora.

#### **Notas taquigráficas**

DES.ª MARIA CELESTE PORTO - Trata-se de recurso de apelação interposto por Márcio Roberto Caetano Rosa (f. 102) contra sentença oriunda da 4ª Vara Criminal desta Capital, f. 91/98, que o condenou nas sanções do art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal Brasileiro, porque, no dia 7 de abril de 2007, escalou o muro do asilo São Vicente de Paula e de lá subtraiu para si um extintor de incêndio, duas peças de queijo e dez pacotes de papel higiênico, marca Personal.

Em razão disso foi condenado à pena privativa de liberdade de quatro anos de reclusão, regime inicial fechado, e ao pagamento de 15 dias-multa, no mínimo legal.

Inconformada, a defesa apresentou as razões de f. 110/113, onde pugna pela absolvição do nacional pela atipicidade de sua conduta, em conformidade com o princípio da insignificância. Alternativamente, requer o decote da qualificadora de escalada, aplicação da atenuante da confissão espontânea e, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Ao final pede pela justiça gratuita.

Contra-arrazando o recurso, f. 114/116, sustenta o órgão acusador primevo o improvimento do apelo e manutenção do *decisum*. No mesmo sentido é o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça (f. 135/139 - TJ).

É o sucinto relatório.

Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Não foram argüidas preliminares e tampouco vislumbro qualquer nulidade a ser declarada de ofício, motivo pelo qual passo ao imediato exame do mérito recursal, valendo destacar que autoria e materialidade do delito restam devidamente comprovadas nos autos, não sendo sequer questionadas pelas partes.

Assim, em princípio, insurge-se a defesa de Márcio Roberto Caetano Rosa contra a decisão monocrática condenatória pleiteando pela aplicação do princípio da insignificância e conseqüente absolvição por ausência de lesão a bem jurídico protegido.

Todavia, *in casu*, não creio seja ele ajustável à espécie para se buscar a exclusão da tipicidade.

Em situações muito peculiares, tenho admitido sua aplicação mesmo nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

Ora, é papel e dever do juiz, ao tratar de direito penal, aplicar não só a lei, mas, principalmente, os fundamentos de nossa justiça. A aplicação cega da lei não leva a lugar algum; o julgador deve analisar cada caso concreto e aplicar a norma de acordo com sua interpretação de justiça que lhe ensinam os princípios gerais do Direito.

É certo que o princípio da insignificância não encontra um suporte genérico documentado pelo Congresso Nacional. Contudo, o Direito não se faz só

da lei escrita; pelo contrário, ele se constrói, sobretudo, da interpretação dela e da Constituição, principalmente porque esta não é algo estagnado no tempo, travado pela necessidade de formalização e publicação de escritas, como o é a norma oriunda do Legislativo. O intérprete é o melhor veículo do Direito, pois este deve andar com seu tempo.

Friso, portanto, que a falta de uma previsão expressa do princípio da insignificância não impede que o magistrado, como intérprete de nosso sistema jurídico - e não como mero leitor que obedece cegamente a palavras - o aplique a casos concretos e especiais que mereçam. É que a atividade jurisdicional é interpretativa e cognitiva, e não simplesmente repetitiva.

É por isso mesmo que existe o intérprete e aplicador da lei, para enquadrar somente as situações realmente visadas pelo legislador penalista na previsão por este escrita e, quanto aos outros fatos, cuja realidade material os afasta da relevância penal, fazer a verdadeira justiça que merecem.

Entretanto, o caso dos autos não está entre as situações especiais que permitem a aplicação do referido princípio, por não traduzir boa forma de se fazer justiça.

Ora, tenho adotado o entendimento de que não se trata apenas de analisar a irrelevância da lesividade ao patrimônio da vítima, sendo também de suma importância averiguar as características pessoais do agente, a ofensividade da conduta e o grau de reprovabilidade da ação.

Destarte, tratando-se de réu multirreincidente em crimes patrimoniais (vide CAC, f. 52/59) e de furto de bens de um asilo, não se pode considerar a conduta insignificante, mormente diante da necessidade de proteção ao idoso.

Ademais, de se ver que o privilégio inserto no § 2º do art. 155 do Código Penal não pode ser aplicado aos reincidentes, o que dirá o princípio da insignificância, que não deixa de ser uma segunda chance ao agente.

Sou da opinião de que sua aplicação desavisada somente poderia servir para estimular, com maior intensidade ainda, a injustificada e desmedida tolerância social com o crime e com o criminoso, contribuindo com o descrédito da Justiça, ao relevar condutas que, ainda que não se revelem como grandes delitos contra o patrimônio, são praticadas por indivíduos que insistem em perturbar a paz e a harmonia sociais.

Trago, por derradeiro, à colação o seguinte entendimento jurisprudencial, em acórdão do qual foi Relator o ilustre Magistrado paulista Emeric Levai:

O fato de as coisas furtadas terem valor irrisório não significa que o fato seja tão insignificante para permanecer no limbo da criminalidade, visto que no Direito brasileiro o princípio da insignificância ainda não adquiriu foro de cidadania, de molde a excluir tal evento de moldura da tipicidade penal (TACrim-SP - RJD 6/88) (in *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5.ed., RT, p. 43).

Confira jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal:

Princípio da insignificância. Identificação dos vetores cuja presença legitima o reconhecimento desse postulado de política criminal. Conseqüente descaracterização da tipicidade penal em seu aspecto material. Delito de furto simples, em sua modalidade tentada. *Res furtiva* no valor (ínfimo) de R\$ 20,00 (equivalente a 5,26% do salário mínimo atualmente em vigor). Doutrina. Considerações em torno da jurisprudência do STF. Pedido deferido. - O princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal.

- 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 (Rel. Ministro Celso de Mello, HC 92463/RS, j. em 16/10/2007).

Em seguida, pede pelo decote da qualificadora do inciso II, § 2º, art. 155, Código Penal, aduzindo para tanto que o muro escalado não necessitava de grande esforço para ser transposto.

Ora, sabe-se que a qualificadora da escalada supõe o ingresso ao local do delito de forma anormal, devido à altura do obstáculo a ser transposto e à falta de suporte para a subida, demonstrando maior necessidade de reprovação à conduta do agente obstinado a vencer quaisquer empecilhos à prática do delito.

Escalada é ter acesso anormal a um lugar por via anormal. Não se trata apenas da escalada em sentido estrito, isto é, de subir ou galgar alguma coisa, podendo ser assim considerado o acesso por uma galeria subterrânea, a utilização de uma escada ou uma corda, a passagem pelo esgoto, dentre outras possibilidades.

E, ao contrário da qualificadora do arrombamento, a escalada não deixa vestígios, sendo possível compro-

vá-la através de depoimentos, uma vez que se cinge na comprovação do esforço incomum do agente para alcançar altura superior à alcançável pelo *homo medius*.

Confira:

Furto qualificado. Escalada. Conceito. - O conceito de escalada qualificada, prevista no art. 155, § 4º, II, do CP, consiste em penetrar no local do furto por via anormal, sendo necessário emprego de meio artificial, como escada e corda, ou esforço incomum e destreza (Apelação nº 1.155.241/4, Conmarca de Ibitinga, 10º Câmara, Relator Márcio Bártoli, j. em 03.11.99, v.u. (Voto nº 7.589).

Assim, irretocável a tipificação a quo.

Lado outro, razão lhe assiste ao pleitear pela aplicação da atenuante da confissão espontânea, malgrado a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal para a espécie.

Incidindo na dosimetria da pena a agravante da reincidência, mostra-se imprescindível sua compensação, mas não de forma integral.

De fato, quanto ao concurso de circunstâncias legais (atenuantes e agravantes), há circunstâncias previamente consideradas pela lei como preponderantes, a teor do art. 67 do CP (motivos, personalidade e reincidência), que observa o princípio da culpabilidade.

Para Shecaira e Corrêa Júnior, a ordem de importância é a menoridade, a reincidência, circunstâncias subjetivas (aquelas que se referem ao agente, ou seja, que decorrem dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência) e objetivas (relativas à natureza, espécie, meios, ao objeto, ao lugar, à modalidade e à forma de execução).

Fernando Galvão (*Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 610-611), aponta para determinados critérios na aplicação da regra de preponderância: as circunstâncias subjetivas previstas no art. 67 preponderam sobre as circunstâncias subjetivas não apontadas, e estas, por sua vez, preponderam sobre as circunstâncias objetivas; quando não há preponderância (circunstâncias do mesmo peso), uma circunstância compensa a outra; no confronto de duas circunstâncias preponderantes, também há compensação, exceto se se tratar, como dito, da circunstância da menoridade; entre uma circunstância preponderante e uma não, prevalece o sinal da preponderante. Portanto, circunstâncias de igual peso se compensam.

A meu ver, não se deve adotar processos aritméticos rígidos para a fixação da pena, mas sim estabelecer critérios objetivos que possibilitem ao juiz fundamentar a opção pelo *quantum* aplicado na reprimenda, evitando-se, ao mesmo tempo, hipóteses de arbitrariedade durante a valoração das circunstâncias legais.

O objetivo primordial é a segurança jurídica, sem descuidar das particularidades do caso concreto, em vista das finalidades da pena, e sem deixar de perceber a medida da culpabilidade.

Por assim entender, creio mesmo que a confissão do acusado merece premiação, mas a agravante da reincidência, mormente quando múltipla, como no caso dos autos, sem dúvida prepondera sobre a atenuante genérica em comento, nos termos do citado art. 67 do Códex.

Passo, portanto, à reestruturação da reprimenda.

Mantenho a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, unitariamente no mínimo legal.

Na segunda fase, compenso a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, frisando aqui as quatro condenações transitadas em julgado antes dos fatos em comento, três delas por crime contra o patrimônio, de forma a subsistir um acréscimo de 8 (oito) meses de reclusão e 5 (cinco) dias-multa.

Inexistem causas especiais de diminuição e aumento de pena, motivo pelo qual torno a reprimenda concreta e definitiva em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Mantenho o regime inicial fechado para seu cumprimento, diante dos péssimos antecedentes do apenado e necessidade de maior rigor em sua repressão.

Fica vedada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ante a reincidência específica do agente.

Finalizando, quanto ao pedido de concessão da justiça gratuita, vejo que o art. 805 do Código de Processo Penal dispõe que as custas serão cobradas de acordo com os regulamentos expedidos pela União e pelos Estados.

O Estado de Minas Gerais, neste tocante, já editou a Lei 14.939/2003, que em seu art. 10 dispõe:

São isentos do pagamento de custas:

I - (...)

II - Os que provarem insuficiência de recursos e os que forem beneficiários da assistência judiciária.

O apelante, visto ter sido acompanhado pela assistência judiciária da Universidade Federal de Uberlândia, faz jus aos benefícios da citada lei.

Por assim entender, dou provimento parcial ao recurso, para aplicar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, perfazendo, por conseguinte, uma nova dosimetria da reprimenda, bem como para isentá-lo do pagamento das custas processuais.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

DES. HÉLCIO VALENTIM - No julgamento do presente recurso, acompanho o voto da em. Desembargadora Relatora, tendo em vista que Sua Ex.<sup>a</sup> recusou aplicação, *in casu*, ao princípio da insignificância, ao argumento de que o apelante é multirreincidente em delitos patrimoniais.

Entendo importante, contudo, deixar consignado o meu posicionamento de que o princípio em comento não é aplicável em hipótese alguma, porquanto inadequado à realidade brasileira e, portanto, não aplicável aos casos que aqui se apresentam. Nesse sentido há jurisprudência, a saber:

O fato de as coisas furtadas terem valor irrisório não significa que o fato seja tão insignificante para permanecer no limbo da criminalidade, visto que no Direito brasileiro o princípio da insignificância ainda não adquiriu foros de cidadania, de molde a excluir tal evento de moldura da tipicidade penal (TACrimSP - AC Rel. Juiz Emeric Levai - BMJ 84/6).

O nosso ordenamento jurídico ainda não acatou a teoria da bagatela ou da insignificância, não tendo, por isso, o ínfimo valor do bem ou do prejuízo qualquer influência na configuração do crime (TACrimSP - RJDTCrim 27/66).

Isso porque, sem dúvida, o Professor Claus Roxin desenvolveu o princípio da insignificância desconsiderando as condições pessoais do agente, mas não nos é permitido ignorar que a realidade alemã em muito difere da brasileira, em que há uma constatação empírica de que o direito penal pátrio deve, sim, se preocupar com a reiteração de pequenos furtos.

Há, ainda, outros problemas que o mencionado princípio não consegue solucionar, como, por exemplo, o caso da punição da tentativa, quando não se logra êxito em comprovar o que se pretendia furto. Aliás, toda tentativa de furto, ainda que de um bem de valor elevado, lesa de forma menos gravosa o patrimônio alheio do que qualquer furto consumado, ainda que de uma *res* de valor irrisório.

Diante de tantas complicações, não vejo como admitir, em face de nosso direito posto, o princípio da insignificância, sendo certo que o princípio da irrelevância penal do fato, lado outro, revela-se suficiente para evitar apenações injustas por infrações que realmente não reclamem resposta penal.

Com essa ressalva, acompanho a em. Desembargadora Relatora e, assim como Sua Ex.<sup>ª</sup>, dou parcial provimento ao recurso.

É como voto!

DES. PEDRO VERGARA - No caso *sub examine*, coloco-me de acordo com o entendimento do il. Revisor Des. Hélcio Valentim, no que tange à não-aplicação do princípio da insignificância, uma vez que compartilho do entendimento de que tal construção doutrinária não encontra assento no direito penal pátrio.

Ressalte-se que a admissão de tal princípio estimula a reiteração de pequenos delitos, instaurando-se na sociedade verdadeiro sentimento de impunidade.

Lado outro, ousa discordar da manifestação de V. Ex.<sup>ª</sup>, no sentido de que o princípio da irrelevância penal

do fato “revela-se suficiente para evitar punições injustas por infrações que realmente não reclamem resposta penal”, muito embora não o tenha empregado no caso enfocado.

É que, com a vênia devida, a referida construção doutrinária, também, não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, tratando-se de recurso interpretativo à margem da lei.

Assim, entendo inviável a aplicação desse princípio, mesmo em caso de condenação, não se isentando o acusado de pena, ao argumento de que o delito tenha causado lesão irrisória ao bem jurídico protegido (ínfimo desvalor do resultado) e as circunstâncias do crime e condições subjetivas se revelassem extremamente favoráveis (ínfimo desvalor da ação), sendo necessária a imposição de pena ao mesmo, em estrita observância ao preceito legal.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da eminente Desembargadora Relatora, acompanhando parte da manifestação de voto do Desembargador Revisor, ressalvado o entendimento deste Vogal no que concerne ao princípio da irrelevância penal do fato.

É como voto.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...