

## HABEAS CORPUS 232.921 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES  
PACTE.(S) : DANIEL TALES FERREIRA DA SILVA VENTURIN  
IMPTE.(S) : RENAN LUIS DA SILVA PEREIRA  
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 821.202 DO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### DECISÃO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra decisão proferida pelo Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, do Superior Tribunal de Justiça, no HC 821.202/SP.

Consta dos autos, em síntese, que o paciente foi condenado ao cumprimento da pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime de furto (art. 155 do Código Penal), porque,

no dia 11 de setembro de 2017, por volta das 11h30, na Rua João Caseiro nº 56, Jardim Marisa, nesta cidade e comarca, subtraiu, para si, um aparelho celular, marca Lenovo, modelo Vibe B, cor preta, usado (ano 2017), avaliado em R\$150,00 (cento e cinquenta reais), conforme auto de avaliação indireta de fls. 88, pertencente a Phelipe Ariceto.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu parcial provimento ao apelo defensivo, *para afastar a reincidência e, em consequência, estabelecer a pena em um (1) ano de reclusão, corrigindo-se o erro material, pois o apelante foi condenado como incurso no art. 155, 'caput', do Código Penal, mantidos os demais termos da sentença.*

A defesa, então, impetrou *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça, cuja ordem foi denegada pelo Ministro Relator, em decisão assim fundamentada:

O acórdão atacado asseriu o seguinte:

**A despeito de não constar na parte dispositiva da**

**sentença o regime inicial de cumprimento da pena, vislumbra-se que ele foi examinado pela douta Magistrada, tanto que o fixou durante sua motivação,** assim consignando: “Ademais, considerando as particularidades do caso concreto, atenta ao princípio da individualização da pena e às condições pessoais do acusado, fixo o regime inicial fechado, por entender necessário ante à gravidade em concreto da conduta”, fls. 270. O equívoco restringiu-se, portanto, apenas em não o fazer constar no dispositivo, mero erro material passível, igualmente, de pronta correção, não havendo se falar em eiva alguma.

[...]

**O valor do bem subtraído (um aparelho celular usado, avaliado em R\$ 150,00, fls. 90),** conquanto não seja significativo, não é ínfimo nem irrisório, [...]

**No caso, a conduta não foi minimamente ofensiva, atingiu bem jurídico tutelado pela lei penal, o patrimônio da vítima.** Há na ação do recorrente periculosidade social, trata-se de **agente que ostenta diversas condenações por furto,** consoante se infere de sua extensa certidão de feitos criminais, 112/119.

[...]

**O regime inicial é o fechado,** à luz do que preconizam os artigos 33, § 3º, e 59, III, do Código Penal, satisfazendo, portanto, o binômio necessidade/suficiência, mesmo diante da redução da pena

[...] o indivíduo que furta uma vez não pode ser igualado ao que furta habitualmente, escorando-se este, conscientemente, na impunidade.

[...]

Na espécie, **o réu reincidente específico foi acusado de haver subtraído de pessoa física celular avaliado em R\$ 150,00, equivalentes a 16% do salário mínimo vigente na época dos fatos.**

**Como se observa, trata-se de valor relevante na análise de furto praticado em desfavor de pessoa física por agente reincidente específico, a recomendar a atividade punitiva estatal.**

Quanto ao regime inicial, estão elencados no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal os critérios para a sua imposição, de modo a determinar que deve ser feita com a observância dos critérios temporais do § 2º, bem como das circunstâncias judiciais, nos termos do art. 59 do Código Penal.

**Ante a quantidade de pena (não excedente a 4 anos), a reincidência e o registro de circunstância judicial negativa sopesada na primeira fase da dosimetria (maus antecedentes), revela-se correta a fixação do regime inicial fechado, a teor do art. 33, § 2º, do Código Penal.**

*Nesta ação, busca o impetrante a concessão da ordem para absolver o paciente pela atipicidade material da conduta, com fundamento no princípio da insignificância ou da criminalidade de bagatela, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Caso se entenda pela manutenção da condenação, a fixação do regime inicial aberto ou semiaberto, consoante o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e, ainda, nas Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.*

É o relatório. Decido.

Em regra, incidiria óbice ao conhecimento da ordem impetrada neste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, uma vez que se impugna decisão monocrática de Ministro do Superior Tribunal de Justiça (HC 151.344-AgR/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 21/3/2018; HC 138.687-AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 1º/3/2017; HC 122.381-AgR/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 9/10/2014; HC 122.718/SP, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 3/9/2014; HC 121.684-AgR/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 16/5/2014; HC 119.821/TO, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 29/4/2014; HC 117.798/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe

## HC 232921 / SP

de 24/4/2014; HC 117.346/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 22/10/2013; HC 116.875/AC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 17/10/2013; RHC 114.961/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 8/8/2013; RHC 114.737/RN, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 18/4/2013).

De fato, o exaurimento da instância recorrida é, como regra, pressuposto para ensejar a competência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, conforme vem sendo reiteradamente proclamado por esta CORTE (HC 129.142/SE, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 10/8/2017; HC 118.189/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 24/4/2014; HC 97.009/RJ, Rel. p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 4/4/2014; RHC 111.935/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 30/9/2013).

Como bem apontado pelo Min. LUIZ FUX, com base em diversos outros precedentes desta Primeira Turma, em regra, a flexibilização dessa norma implicaria afastamento do texto da Constituição, pois a competência deste SUPREMO TRIBUNAL, sendo matéria de direito estrito, não pode ser interpretada de forma ampliada para alcançar autoridades, no caso, membros de Tribunais Superiores, cujos atos não estão submetidos à apreciação do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC 139.262/TO, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 23/3/2017).

Esta Primeira Turma vem autorizando, somente em circunstâncias específicas, o exame de habeas corpus quando não encerrada a análise na instância competente, óbice superável apenas em hipótese de teratologia (HC 138.414/RJ, Primeira Turma, DJe de 20/4/2017) ou em casos excepcionais (HC 137.078/SP, Primeira Turma, DJe de 24/4/2017), como bem destacado pela Min. ROSA WEBER.

A presente hipótese, contudo, apresenta excepcionalidade, quanto ao modo de cumprimento da reprimenda penal.

O essencial em relação às liberdades individuais, em especial a *liberdade de ir e vir*, não é somente sua proclamação formal nos textos constitucionais ou nas declarações de direitos, mas a absoluta

necessidade de sua pronta e eficaz consagração no mundo real, de maneira prática e eficiente, a partir de uma justa e razoável compatibilização com os demais direitos fundamentais da sociedade, de maneira a permitir a efetividade da Justiça Penal.

MAURICE HAURIOU ensinou a importância de compatibilização entre a *Justiça Penal* e o *direito de liberdade*, ressaltando a consagração do *direito à segurança*, ao salientar que “em todas as declarações de direitos e em todas as Constituições revolucionárias figura a *segurança* na primeira fila dos direitos fundamentais”, inclusive apontando que “os publicistas ingleses colocaram em primeiro plano a preocupação com a segurança”, pois, conclui o Catedrático da Faculdade de Direito de Toulouse, “por meio do *direito de segurança*, se pretende garantir a liberdade individual contra o arbítrio da justiça penal, ou seja, contra as jurisdições excepcionais, contra as penas arbitrárias, contra as detenções e prisões preventivas, contra as arbitrariedades do processo criminal” (*Derecho público y constitucional*. 2. ed. Madri: Instituto editorial Réus, 1927. p. 135-136).

Essa necessária compatibilização admite a relativização da *liberdade de ir e vir* em hipóteses excepcionais e razoavelmente previstas nos textos normativos, pois a consagração do Estado de Direito não admite a existência de restrições abusivas ou arbitrárias à *liberdade de locomoção*, como historicamente salientado pelo grande magistrado inglês COKE, em seus comentários à CARTA MAGNA, de 1642, por ordem da Câmara dos Comuns, nos estratos do *Segundo Instituto*, ao afirmar: “*que nenhum homem seja detido ou preso senão pela lei da terra, isto é, pela lei comum, lei estatutária ou costume da Inglaterra*” (capítulo 29). Com a consagração das ideias libertárias francesas do século XVIII, como lembrado pelo ilustre professor MIRKINE GUETZÉVITCH (russo de nascimento e francês por opção), essas limitações se tornaram exclusivamente “*trabalho das Câmaras legislativas*”, para se evitar o abuso da força estatal (*As novas tendências do direito constitucional*. Companhia editora nacional, 1933. p. 77 e ss.).

No presente caso, não houve a devida compatibilização, pois a imposição do regime inicial prisional mais grave que o *quantum* da pena

## HC 232921 / SP

aplicado, com arrimo tão somente nos maus antecedentes, parece colidir com a proporcionalidade na escolha do regime de cumprimento de pena que melhor se coadune com as circunstâncias da conduta de subtrair *um aparelho celular avaliado em R\$ 150,00*. Sobressai, neste exame, a pequena significação da conduta pela qual fora condenado o paciente. Ainda, à exceção dos antecedentes, as demais circunstâncias judiciais lhes são favoráveis. Em abono a esse entendimento: HC 123.533, Tribunal Pleno, Rel. Min. ROBERTO BARROSO.

Diante desse quadro, e considerando que os vetores para a substituição da pena são basicamente os mesmos para o estabelecimento do regime prisional, igualmente é cabível a conversão da reprimenda corporal por outras restritivas de direito. Nesse sentido, julgado da Primeira Turma (HC 137217, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, j. 28/8/2018):

*HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REITERÂNCIA DELITIVA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CONCESSÃO DE OFÍCIO.*

1. A orientação firmada pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é no sentido de que a aferição da insignificância da conduta como requisito negativo da tipicidade, em crimes contra o patrimônio, envolve um juízo amplo, que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados (HC 123.533, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe de 18/2/2016).

2. Busca-se, desse modo, evitar que ações típicas de pequena significação passem a ser consideradas penalmente lícitas e imunes a qualquer espécie de repressão estatal, perdendo-se de vista as relevantes consequências jurídicas e sociais desse fato decorrentes.

3. A aplicação do princípio da insignificância não depende apenas da magnitude do resultado da conduta. Essa ideia se

reforça pelo fato de já haver previsão na legislação penal da possibilidade de mensuração da gravidade da ação, o que, embora sem excluir a tipicidade da conduta, pode desembocar em significativo abrandamento da pena ou até mesmo na mitigação da persecução penal.

4. Não se mostra possível acatar a tese de atipicidade material da conduta, pois não há como afastar o elevado nível de reprovabilidade assentado pelas instâncias antecedentes, ainda mais considerando os registros do Tribunal local dando conta de que *o réu possui diversos registros criminais, ostentando, inclusive, uma condenação com trânsito em julgado por delito de natureza patrimonial*, o que desautoriza a aplicação do princípio da insignificância, na linha da jurisprudência desta CORTE.

5. Quanto ao modo de cumprimento da reprimenda penal, há quadro de constrangimento ilegal a ser corrigido de ofício. A imposição do regime inicial semiaberto, com arrimo na reincidência, parece colidir com a proporcionalidade na escolha do regime que melhor se coadune com as circunstâncias da conduta de furto de bem pertencente a estabelecimento comercial, avaliado em R\$ 31,20 (trinta e um reais e vinte centavos). Acrescente-se que as circunstâncias judiciais são favoráveis, razão por que a pena-base fora estabelecida no mínimo legal (cf. HC 123.533, Tribunal Pleno, Rel. Min. ROBERTO BARROSO), de modo que a conversão da reprimenda corporal por restritivas de direito melhor se amolda à espécie.

6. Ordem de *Habeas Corpus* **concedida**, de ofício, para converter a pena corporal em sanções restritivas de direito, cabendo ao Juízo de origem fixar as condições das penas substitutivas.

Enfim, como nenhum homem ou mulher poderá ser privado de sua *liberdade de ir e vir* sem expressa autorização constitucional e de acordo com os excepcionais e razoáveis requisitos legais, pois o “*direito à liberdade de locomoção resulta da própria natureza humana*”, como ensinou o grande constitucionalista do Império, Pimenta Bueno (*Direito público brasileiro e*

## HC 232921 / SP

*análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958. p. 388); o presente *Habeas Corpus* é meio idôneo para garantir todos os direitos legais previstos ao paciente e relacionados com sua liberdade de locomoção, mesmo que, como salientado pelo Ministro CELSO DE MELLO, “na simples condição de direito-meio”, essa liberdade individual esteja sendo afetada “apenas de modo reflexo, indireto ou oblíquo” (*Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 459).

Diante do exposto, CONCEDO a ordem de *HABEAS CORPUS*, para fixar ao paciente, no tocante à Ação Penal 1502942-76.2019.8.26.0482 (2ª Vara Criminal da Comarca de Presidente Prudente/SP), o regime inicial aberto e converter a pena privativa de liberdade por restritiva de direito, cabendo ao Juízo de origem fixar as condições da pena substitutiva.

Comunique-se, com urgência.

Publique-se.

Brasília, 23 de setembro de 2023.

Ministro **ALEXANDRE DE MORAES**

Relator

*Documento assinado digitalmente*