

## HABEAS CORPUS 239.019 SÃO PAULO

**RELATOR** : MIN. ALEXANDRE DE MORAES  
**PACTE.(S)** : TEMISTOCLES LEITE 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)** : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### DECISÃO

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferido no julgamento do Agravo Regimental no HC 841.482/SP, submetido à relatoria do Ministro MESSOD AZULAY NETO.

Consta dos autos, em síntese, que o paciente foi condenado à pena de 2 anos de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do crime de furto qualificado (art. 155, § 4º, I, II e IV, do Código Penal).

Conforme relatado:

[...] o recorrente, agindo em concurso com agente não identificado, mediante escalada e rompimento de obstáculo, subtraiu, para si, 25 (vinte e cinco) metros de fio elétrico, avaliados em R\$ 100,00 (cem reais), pertencente a A.G.M.

Os agentes escalaram o portão do estabelecimento comercial, com aproximadamente 3,5 metros de altura, romperam a cerca elétrica existente e adentraram no imóvel. Então, cortaram a fiação elétrica que alimentava as luzes externas da garagem, retiraram a parte da fiação que estava enterrada no canteiro e dela se apossaram.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao apelo defensivo. Opostos Embargos de Declaração, acolhidos, *para fixar o regime prisional inicial aberto*.

Impetrou-se, então, *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça,

cuja ordem foi concedida parcialmente, *para substituir a pena de reclusão por pena de detenção, mantido o patamar de 2 (dois) anos*. Essa decisão foi confirmada pelo colegiado no julgamento do Agravo Regimental, conforme ementa (Doc. 2):

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. CONTUMÁCIA DELITIVA E TRÊS QUALIFICADORAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. DESLOCAMENTO DE QUALIFICADORAS REMANESCENTES PARA PRIMEIRA FASE. POSSIBILIDADE. FURTO PRIVILEGIADO. SUBSTITUIÇÃO POR PENA DE DETENÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MAUS ANTECEDENTES E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 221.999/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 10/12/2015, estabeleceu que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, se verificar que a medida é socialmente recomendável, o que não ocorreu no presente caso, em que o paciente foi condenado por furto qualificado.

II - No tocante à exasperação da pena-base, não há ilegalidade no aumento da pena no patamar de 1/5, em razão de ostentar o paciente maus antecedentes e por terem sido deslocadas duas qualificadoras sobressalentes (rompimento de obstáculo e escalada) para a primeira fase do cálculo dosimétrico.

III - O Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que havendo duas ou mais qualificadoras, uma delas deverá ser utilizada para qualificar a

conduta, alterando o *quantum* da pena em abstrato, e as demais poderão ser valoradas na primeira ou segunda fase da dosimetria, a depender da hipótese (AgRg no AREsp n. 2.238.273/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 23/6/2023).

IV - *"Reconhecida a figura do furto privilegiado, cabe ao julgador, obedecendo ao livre convencimento motivado, escolher entre as opções legais apresentadas no § 2º do art. 155 do Código Penal, devendo fundamentar sua decisão nas circunstâncias do caso concreto e particularidades do agente, a fim de obter a solução mais adequada e suficiente como resposta penal à conduta praticada"* (AgRg no HC n. 726.958/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 31/5/2022).

V - No caso dos autos, a pena de detenção foi aplicada em razão da maior reprovabilidade da conduta praticada pelo recorrente, tendo em vista seus maus antecedentes e a existência de circunstâncias judiciais negativas, em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior. Precedentes.

VI - A análise desfavorável das circunstâncias judiciais e os maus antecedentes justificam o afastamento da substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, consoante o disposto no art. 44, III, do Código Penal.

Agravo regimental desprovido.

Nesta ação, sustenta a defesa: (a) *É o caso de reconhecer a incidência do princípio da insignificância, considerando o pequeno valor da res (R\$ 100,00). Os fios não prejudicariam o serviço público de forma geral, mas apenas o estabelecimento em questão, tal como qualquer furto que fosse praticado no local;* (b) *a incidência de duas qualificadoras não justifica a exasperação da pena-base, sob pena de bis in idem;* (c) *transcorrido o período de 5 (cinco) anos entre a data da extinção da pena e a infração posterior, não se pode considerar maus antecedentes e nem reincidência;* (d) *seja concedida a ordem com aplicação de pena exclusiva de multa, por força do art. 155, §2º, do CP;* e (e) *o paciente cumpre todos os requisitos da lei, devendo ser deferida a substituição da pena privativa de liberdade.*

É o relatório. Decido.

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).

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. Daí a importância da atuação do juiz da causa que, segundo as peculiaridades de cada caso concreto, deverá estabelecer a justa medida na dosagem da pena, tendo em conta, inclusive, heterogeneidades sociais, econômicas e culturais.

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. A propósito, o legislador fez constar da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal que “*não se distingue, para diverso tratamento penal, entre o maior ou menor valor da lesão patrimonial; mas, tratando-se de furto, apropriação indébita ou estelionato, quando a coisa subtraída, desviada ou captada é de pequeno valor, (...) pode o juiz substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um até dois terços, ou aplicar somente a de multa (arts. 155, § 2º, 170, 171, § 1º)*” .

Sobre o caso concreto, consignou o Tribunal estadual:

A aplicação do princípio da insignificância, instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, não tem como

pressuposto, tão somente, a baixa ofensividade da conduta do agente, pois dessa forma, não se estaria, em determinadas situações, promovendo a necessária prevenção penal, mas discriminações e, por vezes, incentivando a criminalidade, em particular, no âmbito dos crimes patrimoniais.

Portanto, a observância conjunta do princípio da adequação social da conduta, o que permite importante contextualização social da conduta do acusado, é indispensável à identificação das hipóteses de aplicação do princípio em tela.

Inviável, também, a incidência do princípio da insignificância, pois, pelo que verte dos autos, a conduta do recorrente, consideradas as características do caso em tela, possui razoável grau de inadequação social.

Ademais, o acusado possui antecedentes criminais, de modo que o reconhecimento do privilégio não se apresenta como suficiente para fins de reprovação penal (fls. 37/40).

O STJ, por sua vez, consignou:

No tocante à aplicação do princípio da insignificância, segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal, demanda a verificação da lesividade mínima da conduta, apta a torná-la atípica, considerando-se: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a inexistência de periculosidade social na ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

No caso, consoante assinalado na decisão ora recorrida, a Corte de origem consignou ser inaplicável o princípio da insignificância em razão de possuir razoável grau de inadequação social (furto de fios de energia elétrica), ostentando o paciente, ainda, antecedentes criminais, também pela prática de delito de furto.

Ainda, consoante consta da sentença condenatória, a incidência das qualificadoras (concurso de agentes, escalada e rompimento de obstáculo) também enseja o afastamento da incidência do princípio da insignificância.

Trata-se, com efeito de circunstâncias aptas a evidenciar a acentuada reprovabilidade do comportamento, situação incompatível com a aplicação do princípio da insignificância, por implicar maior reprovabilidade da conduta delitiva.

À luz das referidas premissas, em ampla análise à conduta em questão, não há como afastar o nível de reprovabilidade assentado pelas instâncias antecedentes, notadamente se considerados os registros do Tribunal local, referendados pelo STJ, de que o paciente, condenado por furto de fios de energia elétrica, ostenta *antecedentes criminais, também pela prática de delito de furto, sem mencionar a incidência das qualificadoras (concurso de agentes, escalada e rompimento de obstáculo)*. Essa conclusão não destoaria do entendimento firmado pelo Plenário e do que têm decidido as Turmas deste Tribunal: HC 142374 AgR, Relator Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 12/4/2018; HC 118.028, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 17/12/2013 e HC 133252, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 8/4/2016, este assim ementado:

(...) 1. O Paciente foi denunciado pelo furto de dois rolos de tela de arame galvanizado avaliados em R\$140,00 (cento e quarenta reais), valor superior a 22% do salário mínimo vigente à época dos fatos. Lesividade evidenciada. Contumácia delitiva constatada.

2. O criminoso contumaz, mesmo praticando crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse adotado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em ilícito meio de vida.

3. O princípio da insignificância não foi formulado para resguardar e legitimar constantes condutas juridicamente desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta de mínima ofensividade, considerados isoladamente, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso

concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo insignificantes, quando constantes, devido à reprovabilidade, perdem a condição de configurar bagatela, devendo ser submetidos ao direito penal.

4. Ordem denegada.

(HC 133.252, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 8/4/2016)

A respeito da dosimetria da pena, decidiu o STJ:

Quanto à primeira fase da dosimetria da pena, verifico que as instâncias ordinárias exasperaram a basilar no patamar de 1/5 (um quinto), em razão dos maus antecedentes e do deslocamento de duas qualificadoras para a primeira etapa.

No tocante ao suposto *bis in idem* em razão da utilização de qualificadoras na primeira fase da dosimetria, tenho que não assiste razão à impetrante.

Isso porque a "*A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça admite - quando presente mais de uma causa de aumento de pena - a valoração de algumas delas como circunstâncias judiciais desfavoráveis e outras na terceira etapa de individualização da pena, ficando apenas vedados o bis in idem e a exasperação superior ao máximo estabelecido pela incidência das majorantes*" (AgRg no AREsp n. 2.015.546/TO, Quinta Turma, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 16/5/2022).

No presente caso, a Corte local manteve a valoração negativa da vetorial circunstâncias do crime, com fundamento no deslocamento de duas das causas de aumento de pena (rompimento de obstáculo e escalada), da terceira para a primeira etapa dosimétrica.

A majorante do concurso de agentes, por sua vez, foi empregada na terceira fase da dosimetria, a fim de qualificar o delito, entendimento que se coaduna com a jurisprudência desta Corte Superior.

[...]

Reconhecida a incidência do art. 155, § 2º, do CP, cabe ao

## HC 239019 / SP

jugador, obedecendo ao livre convencimento motivado, escolher entre as opções legais apresentadas referido dispositivo, devendo fundamentar sua decisão nas circunstâncias do caso concreto e particularidades do agente, a fim de obter a solução mais adequada e suficiente como resposta penal à conduta praticada.

No presente caso, tendo em vista a incidência da qualificadora, na terceira etapa da dosimetria, com a aferição negativa do rompimento de obstáculo e da escalada, na primeira fase, bem como em razão de ostentar o paciente maus antecedentes, entendo suficiente e adequada a substituição da pena de reclusão por detenção, nos termos do art. 155, § 2º, do Código Penal - CP.

Realmente, não há que se falar em *bis in idem*, quando da aplicação da pena, pois foram reconhecidas três qualificadoras, sendo duas delas utilizadas na primeira e outra na terceira fase da dosimetria.

É firme a jurisprudência desta SUPREMA CORTE no sentido de que, na hipótese de concorrência de qualificadoras num mesmo tipo penal, é lícita a consideração de uma delas como circunstância judicial. Do contrário, "*seriam apenados igualmente fatos ofensivamente diversos, - crimes praticados com incidência de uma só qualificadora e aqueles praticados com duas ou mais qualificadoras*" (HC 95.157/RJ, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 1/2/2011). No mesmo sentido: RHC 120.599/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 11/04/2014; RHC 114.458/MS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 18/3/2013; HC 110.390/MS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 22/10/2012; HC 85.414/MG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJ de 1/7/2005; HC 80.771/MS, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, DJ 1/6/2001; HC 65.825/SP, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, DJ 3/6/1988.

Improcede também a alegação relacionada aos *maus antecedentes*. Isso porque o Plenário deste TRIBUNAL, no julgamento do Recurso Extraordinário 593.818, Rel. Min. ROBERTO BAROSO, Tema 150 da Repercussão Geral, fixou a seguinte tese: Não se aplica para o

## HC 239019 / SP

reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal (DJe de 23/11/2020).

Da mesma forma, a escolha da pena de detenção em detrimento da multa alternativamente cominada no preceito secundário do art. 155, § 2º, do Código Penal foi devidamente motivada pela instância antecedente, atendendo, assim, ao requisito da legalidade.

Por outro lado, quanto ao modo de cumprimento da reprimenda penal, a presente hipótese apresenta quadro de constrangimento ilegal.

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 HAURIUO 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 particular, o Tribunal estadual fixou o regime aberto mediante a seguinte fundamentação:

[...] a natureza e o valor da *res furtiva*, a condição pessoal do réu, qualificado como morador em situação de rua (fl. 12), o fato de que respondeu ao processo em liberdade e que já decorreu mais de 20 (vinte) meses do fato gerador do presente processo sem a notícia de novo envolvimento do acusado em outra persecução penal (consulta realizada no Sistema INTINFO em 22/06/2023). Assim, excepcionalmente, de rigor a fixação do regime prisional aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Diante desse quadro, e considerando que os vetores para a substituição da pena são basicamente os mesmos para o estabelecimento do regime prisional, é cabível a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Nesse sentido, cito 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 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, para converter a pena privativa de liberdade por restritiva de direito, cabendo ao Juízo de origem fixar as condições da pena substitutiva (Ação Penal 1502027-76.2021.8.26.0540 – 2ª Vara Criminal da Comarca de Mauá/SP).

Comunique-se, com urgência.

Publique-se.

Brasília, 19 de março de 2024.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Relator

*Documento assinado digitalmente*