



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 335.030 - SP (2015/0218525-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIANA TEIXEIRA ZEQUINI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON ALESSANDRO RODRIGUES FERREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. *WRIT* SUBSTITUTIVO. FURTO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. *RES FURTIVA* DE VALOR SUPERIOR A 20% DO SALÁRIO MÍNIMO. FURTO PRIVILEGIADO. ALTERNATIVAS DO ART. 155, § 2º, DO CÓDIGO LEGAL. VIOLAÇÃO DA SÚMULA N. 444 DO STJ. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SUBSTITUIÇÃO POR MULTA. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Além da subsunção formal da conduta humana a um tipo penal, deve haver uma aplicação seletiva, subsidiária e fragmentária do Direito Penal, para aferir se houve ofensividade relevante aos valores tidos como indispensáveis à ordem social.

2. Hipótese em que houve a tentativa de subtração de "um aparelho de som MP-3, modelo FS-66, marca Foston, avaliado em R\$ 20,00 (vinte reais), [...] e a quantia de R\$ 175,75 (cento e setenta e cinco reais e setenta e cinco centavos)" do estabelecimento comercial "Empresa Restaurante Tempero Mineiro".

3. O valor dos bens representava, na data do cometimento do delito, mais de 31% do salário mínimo vigente, que, à época, era de R\$ 622,00.

4. A escolha do benefício contido no § 2º do art. 155 do Código Penal, por implicar redução de sanção (limitação ao direito de ir e vir do cidadão), deverá ser motivada, sob pena de ofensa ao disposto no art. 93, IX, da Constituição da República.

5. À falta de condenação transitada em julgado em seu desfavor, o paciente deve ser considerado primário e com bons antecedentes, a teor da Súmula n. 444 do STJ.

6. Afastada a única motivação utilizada pela instância antecedente para justificar a redução da reprimenda do paciente no patamar de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1/3 – registro de outras ações penais em andamento –, diante da incidência do § 2º do art. 155 do Código Penal, constato a ocorrência de flagrante ilegalidade, motivo pelo qual a reprimenda imposta ao réu deve ser substituída por multa, que é a alternativa mais benéfica do rol constante do referido dispositivo legal.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar a substituição da pena privativa de liberdade imposta ao paciente por multa, cujo valor será determinado pelo Juízo da execução.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de abril de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 335.030 - SP (2015/0218525-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : MARIANA TEIXEIRA ZEQUINI

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JEFFERSON ALESSANDRO RODRIGUES FERREIRA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

JEFFERSON ALESSANDRO RODRIGUES FERREIRA, paciente neste habeas corpus, estaria sofrendo constrangimento ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que deu parcial provimento à Apelação n. 0011124-59.2012.8.26.0066.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 5 dias-multa, como incurso no art. 155, *caput*, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal. A pena privativa de liberdade foi substituída por medida de segurança, consistente em tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 ano (fls. 23-24).

Irresignada, a defesa recorreu. O Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo para reduzir a reprimenda imposta ao paciente para 4 meses de reclusão e 3 dias-multa, mantido o regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 ano (fls. 40-53).

Nesta Corte, a Defensoria Pública estadual sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a conduta imputada ao paciente é atípica, uma vez que "os objetos supostamente subtraídos por ele [paciente] possuem valor ínfimo" (fl. 4). Ressalta que "o objeto foi apreendido e restituído à vítima" (fl. 4).

Alega que o acórdão impugnado, ao reconhecer a incidência do § 2º do art. 155 do Código Penal e reduzir a pena imposta ao paciente no patamar de 1/3, violou o princípio da presunção de inocência, pois justificou a fração escolhida pelo fato de o paciente responder a outras ações penais, sem,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contudo, identificar nenhuma condenação definitiva.

Por fim, considera que, em razão dos princípios da isonomia e da proporcionalidade, a medida de segurança deve ser aplicada em período idêntico ao da pena privativa de liberdade substituída.

Requer, liminarmente e no mérito, seja reconhecida a atipicidade da conduta ou, subsidiariamente, a redução da pena na fração de 2/3 ou sua substituição por multa, consoante disposto no § 2º do art. 155 do Código Penal ou, ainda, a limitação do período de tratamento ambulatorial ao tempo de pena privativa de liberdade imposta.

Indeferida a liminar (fls. 62-63), o Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 76-81, pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 335.030 - SP (2015/0218525-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. *WRIT* SUBSTITUTIVO. FURTO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. *RES FURTIVA* DE VALOR SUPERIOR A 20% DO SALÁRIO MÍNIMO. FURTO PRIVILEGIADO. ALTERNATIVAS DO ART. 155, § 2º, DO CÓDIGO LEGAL. VIOLAÇÃO DA SÚMULA N. 444 DO STJ. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SUBSTITUIÇÃO POR MULTA. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Além da subsunção formal da conduta humana a um tipo penal, deve haver uma aplicação seletiva, subsidiária e fragmentária do Direito Penal, para aferir se houve ofensividade relevante aos valores tidos como indispensáveis à ordem social.

2. Hipótese em que houve a tentativa de subtração de "um aparelho de som MP-3, modelo FS-66, marca Foston, avaliado em R\$ 20,00 (vinte reais), [...] e a quantia de R\$ 175,75 (cento e setenta e cinco reais e setenta e cinco centavos)" do estabelecimento comercial "Empresa Restaurante Tempero Mineiro".

3. O valor dos bens representava, na data do cometimento do delito, mais de 31% do salário mínimo vigente, que, à época, era de R\$ 622,00.

4. A escolha do benefício contido no § 2º do art. 155 do Código Penal, por implicar redução de sanção (limitação ao direito de ir e vir do cidadão), deverá ser motivada, sob pena de ofensa ao disposto no art. 93, IX, da Constituição da República.

5. À falta de condenação transitada em julgado em seu desfavor, o paciente deve ser considerado primário e com bons antecedentes, a teor da Súmula n. 444 do STJ.

6. Afastada a única motivação utilizada pela instância antecedente para justificar a redução da reprimenda do paciente no patamar de 1/3 – registro de outras ações penais em andamento –, diante da incidência do § 2º do art. 155 do Código Penal, constato a ocorrência de flagrante ilegalidade, motivo pelo qual a reprimenda imposta ao réu deve ser substituída por multa, que é a alternativa mais benéfica do rol constante do referido dispositivo legal.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar a substituição da pena privativa de liberdade imposta ao paciente por multa, cujo valor será determinado pelo Juízo da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

execução.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Admissibilidade

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

Sob tais premissas, **identifico** suficientes razões, na espécie, para engendrar a concessão, *ex officio*, da ordem.

II. Contextualização

O paciente foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 155, § 4º, II, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, sob a alegação de que "tentou subtrair, para si, mediante escalada, 01 (um) aparelho de som MP-3, modelo FS-66, marca Foston, avaliado em R\$ 20,00 (vinte reais), conforme auto de avaliação a fls. 09, e a quantia de R\$ 175,75 (cento e setenta e cinco reais e setenta e cinco centavos), conforme auto de exibição/apreensão a fls. 08, pertencentes à vítima Alexandre Sgarbi Codonho" (fl. 13).

O paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 5 dias-multa. Ante a semi-imputabilidade do réu, a pena privativa de liberdade foi substituída por medida de segurança, consistente em tratamento ambulatorial pelo prazo de 1 ano (fls. 23-24).

Irresignada, a defesa recorreu. Na ocasião, postulou (fls. 43-44):

A Defesa pleiteia a absolvição do réu pelo reconhecimento do princípio da insignificância. Subsidiariamente, requer a redução da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena em razão da atenuante da menoridade e o reconhecimento do furto privilegiado. Pleiteia, ainda, a diminuição de 2/3 da pena em razão da tentativa, bem como a minoração do prazo de tratamento ambulatorial fixado (fls. 108/123).

O Tribunal de origem assim apreciou as matérias suscitadas pela defesa (fls. 45-53, grifei):

Inicialmente, temos que a insignificância pressupõe que a lesão ao bem jurídico, no caso o patrimônio, seja tão ínfima que não configure a tipicidade material do delito.

Ocorre que não há parâmetro concreto para que se determine algo como sendo de pequeno valor. Os critérios até hoje levantados - como o que adota o salário mínimo como referência - são apenas referenciais, não sendo, porém, inflexíveis ou absolutos, nem podendo ser vistos como de rigor aritmético, pois devem sempre ser levadas em conta as circunstâncias do caso concreto.

[...]

O princípio da intervenção mínima do Estado, o qual serve de fundamento para o princípio da insignificância, deve servir como orientação ao legislador quando da tipificação dos delitos, e não ao julgador, fiel cumpridor da lei, sempre em respeito o princípio da legalidade.

Isso porque, a partir do momento em que certa conduta é erigida à categoria de infração penal, não mais se pode alegar seja ela insignificante, de bagatela, ou juridicamente desprezível, pois que já penalmente tipificada.

Não há como se falar, assim, na incidência do princípio da insignificância, pois o fato praticado pelo réu é típico e punível, nos termos da lei.

Ademais, deve-se considerar que, ainda que o valor relativamente baixo da *res furtiva* faça parecer que o delito seja de pequena monta ou o fato de terem sido os bens recuperados, não podem ser considerados um irrelevante penal, notadamente porque a não repressão a tal delinquência representaria um estímulo à prática de outros crimes considerados "pequenos" ou "inofensivos", cuja reiteração importaria em grave desequilíbrio da ordem pública e naquela sensação de impunidade pela sociedade.

É inequívoco que o Estado de Direito não poderá sobreviver quando se conceder o direito a cidadãos de se apoderar, sem que crime seja, de objetos alheios, ainda que de parco valor.

Não há base legal assim para o que se pretende.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, vemos julgado nesta Corte:

[...]

É certo que a aplicação do princípio da insignificância, resultando na atipicidade material da conduta, estimularia o cometimento de infrações patrimoniais de objetos de pequeno valor.

Tal conduta precisa ser de pronto coibida; demonstrando-se cada vez mais o interesse penal em punir eficazmente os autores de crimes mais leves para se evitar a expectativa de impunidade.

Seguidos afagos penais acabam por estimular comportamentos reprováveis, pela expectativa da impunidade; daí porque devem ser aplicados comedidamente.

E no presente caso, com mais razão, pois, **em que pese o réu não ostente maus antecedentes nem seja reincidente, extrai-se das certidões juntadas aos autos que ele estaria sendo processado pela prática de outros três crimes de furto**, supostamente praticados em 10/09/2011, 03/10/2011, além de delito supostamente cometido em 10/09/2012, ou seja, três dias antes do crime ora apurado, tendo o processo sido arquivado "diante da incapacidade do acusado".

Ora, para a aplicação do princípio da insignificância deve se observar o desvalor da conduta e não o valor em si do bem subtraído.

Desse modo, temos que, no caso em comento, não se pode falar em mínima ofensividade e reduzido grau de reprovabilidade da conduta e nenhuma periculosidade da ação, requisitos necessários ao reconhecimento da insignificância.

Portanto, a condenação do réu deve ser mantida, não havendo que se falar em absolvição por atipicidade da conduta.

A Defesa também se insurge contra a reprimenda aplicada.

Vejamos.

A pena-base foi fixada no mínimo legal de 01 ano de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.

A Defesa pleiteia a redução de pena pela atenuante da menoridade, aduzindo que a diminuição seria de rigor, ainda que a pena-base do réu tenha sido fixada no piso legal, podendo, assim, ficar aquém do patamar mínimo previsto em Lei.

Sem razão, porém.

Ora, tal questão já foi há muito consolidada, conforme Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe:

[...]

Entendimento este adotado pelo Pretório Excelso que, em decisão com Repercussão Geral na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário, colocou pá de cal na matéria, entendendo pela impossibilidade de fixação da pena aquém do mínimo legal, ante a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

existência de atenuantes ou atenuantes genéricas.

[...]

Por outro lado, **conforme pleiteado tanto pela Defesa como pelo Ministério Público, sendo o réu primário e de pequeno valor a coisa, reconheço o furto privilegiado e diminuo a pena em 1/3**, atingindo a reprimenda 08 meses de reclusão e pagamento de 06 dias-multa no piso.

Inviável, aqui, fosse a pena diminuída em seu grau máximo ou fosse fixada somente a pena de multa, eis que, como já destacado, o **réu está sendo processado pela prática de delitos idênticos ao crime ora apurado, sendo necessário que a pena aplicada se mostre eficaz a recolocação do sentenciado**, repreensão e prevenção do crime, atendendo a finalidade da sanção penal.

Por fim, mantenho a redução de 1/2 pelo reconhecimento da tentativa, não sendo possível a redução máxima de 2/3, como quer a Defesa.

[...]

Foi fixado regime inicial aberto e a pena privativa foi substituída por tratamento ambulatorial pelo prazo mínimo de 01 ano, nos termos do art. 98 do Código Penal, eis que constatada a semi-imputabilidade do acusado (apenso).

Aqui, não se pode acolher o pedido da Defesa de minoração do tempo do tratamento ambulatorial.

Com efeito, o art. 98 é expresso ao fixar que um ano é o prazo mínimo ao qual o semi-imputável deve se submeter à internação ou tratamento ambulatorial, destacando-se que tal substituição se dá em casos nos quais o acusado necessita de especial tratamento curativo:

[...]

Ora, quisesse o legislador limitar o tempo da medida de segurança substitutiva a pena aplicada na sentença, certamente o teria feito de forma expressa, tal qual ocorre com algumas das penas restritivas de direitos - nos termos do art. 55 do Código Penal - as quais devem ter a mesma duração da pena privativa substituída.

Porém, tal limitação não foi prevista nos casos de internação e tratamento ambulatorial aplicado aos semi-imputáveis, justamente porque estas medidas visam submeter o condenado a especial tratamento curativo, que certamente não traria os benefícios desejados em alguns poucos meses.

No mais, é certo que o réu foi beneficiado com a substituição pelo tratamento ambulatorial, já que os psiquiatras que o examinaram concluíram pela necessidade de internação "por ao menos 1 ano", "devido não ter feito tratamento adequado e ter havido reincidência" (fls. 39 – apenso).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Feito esse registro, passo a analisar a tese defensiva.

III. Princípio da insignificância

Consoante já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância deve ser analisado em correlação com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, para excluir ou afastar a própria tipicidade da conduta, examinada em seu caráter material, observando-se, ainda, a presença dos seguintes vetores: (I) mínima ofensividade da conduta do agente; (II) ausência total de periculosidade social da ação; (III) ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) inexpressividade da lesão jurídica ocasionada (conforme decidido nos autos do HC n. 84.412/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, DJU 19/4/2004).

Segundo Paulo Queiroz, "por meio do princípio da insignificância (ou bagatela), o juiz, à vista da desproporção entre a ação (crime) e a reação (castigo), fará um juízo (valorativo) acerca da tipicidade material da conduta, recusando curso a comportamentos que, embora formalmente típicos (criminalizados), não o sejam materialmente, dada sua irrelevância" (*Introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 30).

Tenho externado, em diversos votos e decisões monocráticas, **minha posição favorável à possibilidade de, a despeito da subsunção formal de determinada conduta humana a um tipo penal, concluir-se pela atipicidade material da conduta**, por diversos motivos, entre os quais, **a ausência de ofensividade penal** do comportamento verificado. Isso porque, além da adequação típica formal, deve haver uma atuação seletiva, subsidiária e fragmentária do Direito Penal, conferindo-se, desse modo, maior relevância à proteção de valores tidos como indispensáveis à ordem social, a exemplo da vida, da liberdade, da propriedade, do patrimônio etc., quando efetivamente ofendidos.

Na hipótese dos autos, como já referido anteriormente, o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 155, § 2º, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, porque, "no dia 13 de setembro de 2012, [...] tentou subtrair, para si, [...] um aparelho de som MP-3, modelo FS-66, marca Foston, avaliado em R\$ 20,00 (vinte reais), [...] e a quantia de R\$ 175,75 (cento e setenta e cinco reais e setenta e cinco centavos" (fl. 13) do estabelecimento comercial "Empresa Restaurante Tempero Mineiro" (fl. 13).

Assim, constato que o valor dos bens – R\$ 195,75 –



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

representava, na data do cometimento do delito, **mais de 31% do salário mínimo vigente**, que, à época, era de R\$ 622,00.

Por esses elementos, entendo que a conduta perpetrada pelo paciente não se revela de escassa ofensividade penal e social, dada a significância do valor da *res furtiva*, que supera 20% do salário mínimo.

Nesse sentido:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. *RES FURTIVAE* DE **VALOR INFERIOR A 20% DO SALÁRIO MÍNIMO**. REINCIDÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO PROVIDO.

1. Além da subsunção formal da conduta humana a um tipo penal, deve haver uma aplicação seletiva, subsidiária e fragmentária do Direito Penal, para aferir se houve ofensividade relevante aos valores tidos como indispensáveis à ordem social.

2. Hipótese em que houve a tentativa de subtração, em concurso com pessoa não identificada, de "um umidificador e um desfrizante" do estabelecimento comercial "Loja do Barbeiro", produtos avaliados em R\$ 40,05.

3. O valor dos bens representava, na data do cometimento do delito, menos de 9% do salário mínimo vigente, que, à época, era de R\$ 465,00.

[...]

6. Recurso especial provido para reconhecer a atipicidade material da conduta, pela aplicação do princípio da insignificância, e absolver a recorrente da prática do delito previsto no art. 155, § 4º, IV, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal.

(REsp n. 1.391.355/MG, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 5/11/2015, destaquei.)

[...]

2. Em casos como o que se cuida, em que **o réu, primário**, é acusado de ter praticado o **crime de furto tentado, sem a incidência de nenhuma qualificadora, não se mostrando relevante o valor do prejuízo para a vítima (hipermercado), sendo o objeto subtraído avaliado em valor inferior a 20% do salário mínimo**, à época dos fatos, e **restituído à vítima**, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a **atipicidade material da conduta imputada, dada a mínima ofensividade da conduta e a**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inexpressividade da lesão jurídica provocada ao bem jurídico tutelado. Precedentes.

3. Recurso em habeas corpus provido para trancar a ação penal proposta contra o recorrente, por ausência de tipicidade material da conduta.

(RHC n. 48.443/MG, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, Rel. p/ acórdão Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 5/2/2015, grifei.)

IV. Redução da pena em 2/3 ou substituição por multa – art. 155, § 2º, do Código Penal

O art. 155, § 2º, do Código Penal estabelece que:

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

[...]

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

Como se vê, constitui direito subjetivo do acusado o reconhecimento da figura privilegiada do furto, se forem atendidos os requisitos legais (primariedade e pequeno valor do bem furtado).

Ao aplicar essa minorante, será aberto um leque de possibilidades para o magistrado, que deve fundamentar a escolha que faz entre as alternativas legais: a) substituir a pena de reclusão por detenção; b) diminuir a pena privativa de liberdade de um a dois terços; c) aplicar somente a pena de multa.

Essa é a jurisprudência deste Tribunal Superior. Confira-se:

[...]

1. A ausência de justificativa pelo Juízo, quanto à escolha de uma das formas de privilégio previstas no artigo 155, § 2º, do Código Penal, viola o princípio do livre convencimento motivado, malferindo o disposto no art. 93, IX, da Constituição da República.

[...]

(HC n. 300.363/MG, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Moura, 6ª T., DJe 3/11/2014, destaquei)

[...]

2. Quando o Magistrado reconhece a figura do furto privilegiado, **deve declinar as suas razões para optar por quaisquer dos privilégios constantes no § 2.º do art. 155 do Código Penal.** A inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

[...]

(HC n. 274.427/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª T., DJe 10/10/2013, grifei)

[...]

6. Cabe ao magistrado, no âmbito de sua discricionariedade motivada, quando reconhecida a incidência da figura privilegiada no crime de furto, definir qual benefício, dentre aqueles previstos pelo legislador no art. 155, § 2º, do Código Penal, irá aplicar, desde que o faça fundamentadamente, o que ocorreu na espécie.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 261.110/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, 6ª T., DJe 10/6/2013, destaquei)

Na espécie, o acórdão recorrido (fl. 51) atestou que **o réu é primário e que é de pequeno valor a res furtiva.** Considerou, entretanto, inviável a aplicação da hipótese legal mais benéfica, qual seja, a multa, bem como a redução da pena no patamar máximo de 2/3, porque o paciente respondia pela prática de outros crimes de furto, **sem indicar o registro de nenhuma condenação definitiva.**

Contudo, à falta de condenação transitada em julgado em seu desfavor, o paciente deve ser considerado primário e com bons antecedentes, a teor da Súmula n. 444 do STJ, *in verbis*: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

Ilustrativamente:

[...]

1. Consoante a pacífica jurisprudência deste Sodalício e do Supremo Tribunal Federal, inquéritos policiais ou **ações penais em andamento ou sem certificação do trânsito em julgado, ou mesmo condenações anteriores ainda não transitadas em julgado, não**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

[...]

(HC n. 184.530/RJ, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 15/2/2013, destaquei.)

Dessa forma, afastada a única motivação utilizada pela instância antecedente para justificar a redução da reprimenda do paciente no patamar de 1/3 – registro de outras ações penais em andamento –, diante da incidência do § 2º do art. 155 do Código Penal, **constato a ocorrência de flagrante ilegalidade, motivo pelo qual a reprimenda imposta ao réu deve ser substituída por multa, que é a alternativa mais benéfica** do rol constante do referido dispositivo legal.

Uma vez aplicada a multa, seu valor será determinado pelo Juízo da execução, conforme os parâmetros do art. 60 do Código Penal.

V. Dispositivo

À vista do exposto, **não conheço da impetração**, por entender inadequado o uso do *writ* como substitutivo do meio impugnativo próprio.

No entanto, ao examinar seu conteúdo, identifico o apontado constrangimento ilegal, o que me leva a **conceder a ordem postulada, de ofício, para determinar a substituição da pena privativa de liberdade imposta ao paciente por multa, cujo valor será determinado pelo Juízo da execução**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0218525-0

HC 335.030 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00111245920128260066 111245920128260066 20150000427424 8112012

EM MESA

JULGADO: 26/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIANA TEIXEIRA ZEQUINI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON ALESSANDRO RODRIGUES FERREIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.