



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 66.612 - SP (2015/0320246-3)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
RECORRENTE : SANDRO NASCIMENTO SILVA (PRESO)
ADVOGADO : HUGO CRIVILIM AGUDO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENÇÃO. NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE. QUALIFICADORA. AUSÊNCIA DE REDUZIDO GRAU DE REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO. OFENSIVIDADE DA CONDUTA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. HISTÓRICO CRIMINAL DO AGENTE. INFRAÇÃO COMETIDA DURANTE O CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME ABERTO. REITERAÇÃO. RISCO CONCRETO. PERICULOSIDADE SOCIAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. CUSTÓDIA JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. INADEQUAÇÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE COM A PRISÃO PROCESSUAL. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA CUSTÓDIA COM O MODO DE EXECUÇÃO FIXADO. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADA. RECLAMO IMPROVIDO. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

1. A aplicação do princípio da insignificância reflete o entendimento de que o Direito Penal deve intervir somente nos casos em que a conduta ocasionar lesão jurídica de certa gravidade, devendo ser reconhecida a atipicidade material de perturbações jurídicas mínimas ou leves, estas consideradas não só no seu sentido econômico, mas também em função do grau de afetação da ordem social que ocasionem.

2. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

3. Inviável o reconhecimento do crime bagatelar, *in casu*, porquanto o crime foi cometido mediante rompimento de obstáculo, circunstância que, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, afasta a possibilidade de aplicação do referido brocardo.

4. Ademais, o recorrente é reincidente e ostenta outras anotações criminais, situação apta a ensejar a incidência do Direito Penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como forma de coibir a reiteração delitiva. Precedentes.

5. Não há o que se falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública diante do histórico penal do acusado.

6. O fato de o recorrente ser reincidente pela prática de delito idêntico ao de que aqui se trata - furto qualificado -, é circunstância que revela sua periculosidade social e a inclinação à prática de crimes, demonstrando a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir, sobretudo porque se encontrava em cumprimento de pena em regime aberto quando do cometimento do presente delito -, autorizando a preventiva.

7. Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a segregação encontra-se justificada e mostra-se imprescindível para acautelar o meio social da reprodução de fatos criminosos.

8. Necessário, contudo, adequar a segregação com o modo de execução intermediário aplicado, sob pena de estar-se impondo ao condenado modo mais gravoso tão somente pelo fato de ter optado pela interposição de apelo.

9. Recurso improvido, concedendo-se, contudo, a ordem de *habeas corpus* de ofício, apenas para determinar que o recorrente aguarde o julgamento da apelação no modo semiaberto de execução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de março de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 66.612 - SP (2015/0320246-3)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI

RECORRENTE : SANDRO NASCIMENTO SILVA (PRESO)

ADVOGADO : HUGO CRIVILIM AGUDO

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por SANDRO NASCIMENTO SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem visada no *Writ* de n.º 2185314-63.2015.8.26.0000, mantendo a custódia cautelar do recorrente nos autos da ação penal em que restou denunciado pela prática do crime previsto no artigo 155, § 4º, inciso I do Código Penal.

Sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que não teria sido apresentada fundamentação idônea para a manutenção da sua custódia cautelar, destacando que a possibilidade de aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.

Alega que a conduta perpetrada seria materialmente atípica à luz do princípio da insignificância porquanto o valor da *res furtiva* - 4 (quatro) latas de refrigerante, avaliadas em R\$ 14,00 (catorze reais) - seria irrisório, de forma que não restaria configurado o dano ao bem jurídico tutelado.

Assevera que a sua vida pregressa e a reincidência não poderia ser utilizada para aferição da aplicabilidade do referido brocardo.

Requer o provimento do reclamo para que seja determinado o trancamento da ação penal pela aplicação do princípio da insignificância ou, subsidiariamente, a revogação da prisão preventiva contra si ordenada, com a fixação de medida cautelar diversa.

Contrarrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta Corte Superior.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do inconformismo.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 66.612 - SP (2015/0320246-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Dos elementos colacionados infere-se que o recorrente foi **preso em flagrante em 12-7-2015**, convertida a prisão em preventiva e restou denunciado pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal, porque, mediante rompimento de obstáculo, subtraiu para si 4 (quatro) latas de refrigerante de um estabelecimento comercial.

Quanto aos fatos, narra a denúncia que:

Segundo se apurou, o indiciado, à sorrelfa, arrombou a janela dos fundos do traller-vítima, ingressando no seu interior. Em seguida, o indiciado procurou o caixa para pegar dinheiro, mas nada encontrou, sendo que se assenhoreou das "rei furtivae", levando-as para a residência da sua companheira. Então, o dono do trailer vítima, ao chegar no "locus delicti", notou desordem pelo chão, assim como que a janela dos fundos estava aberta. Logo depois, o dono do trailer-vítima acionou a Polícia Militar, mostrando as imagens da câmera de segurança aos policiais militares, que reconheceram o indiciado como o autor do furto. E, por derradeiro, o indiciado foi detido e conduzido a Delegacia de Polícia, onde confessou aos policiais que "resolveu sozinho furtar o caixa do Paraíso Lanches e para tanto se apossou de um pedaço de ferro e arrombou a janela dos fundos... passou a procurar o caixa para pegar o dinheiro mas não encontrou e demorou um pouco para o alarme disparar, então abriu um freezer horizontal e pegou seis latas de refrigerante" (fls. 07, omissão nossa). (e-STJ Fls. 18 e 19)

O Magistrado singular converteu a prisão em flagrante em preventiva, tendo em vista que a entendeu necessária para o fim de resguardar a ordem pública, pois "o indiciado, por sua vez, possui maus antecedentes, com diversas passagens pela Justiça Criminal, notadamente pelo crime de furto qualificado, inclusive encontrava-se no gozo do regime aberto (fl. 31/38), o que leva à conclusão que possui personalidade voltada para a prática de infrações penais e que ainda não reunia as condições subjetivas para o retorno ao convívio social, não sendo o caso de concessão de qualquer benesse, ao menos nesta etapa processual" (e-STJ Fls. 127).

Formulado pedido de liberdade provisória, restou o pleito indeferido, por considerar o Togado que persistiam os motivos que ensejaram a imposição da custódia processual (e-STJ Fls. 188).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Corte de Origem, apreciando pedido de *habeas corpus* lá aforado antes da prolação da sentença condenatória, denegou a ordem ao argumento de impossibilidade da aplicação do princípio da insignificância, *"pois pensar-se o contrário permitiria a reiterada subtração de bens de pouca monta sem que houvesse ação estatal contrária"* (e-STJ Fls. 204).

Acrescentou que *"a falta de justa causa para a ação penal somente pode ser reconhecida quando, de pronto, se evidenciada a atipicidade do fato ou a inexistência de provas, hipóteses tais que não se verificam no caso presente"* (e-STJ Fls. 204).

No que tange aos fundamentos da segregação, o Tribunal Estadual consignou que a medida extrema seria imprescindível para se evitar a reprodução dos fatos criminosos, tendo em vista que *"o paciente é reincidente e estava cumprindo pena em regime aberto, cujo término estava previsto para 23 de maio de 2017"* (e-STJ Fls. 204), destacando que *"as eventuais condições pessoais favoráveis dos pacientes não são garantidoras de eventual direito de liberdade quando os elementos constantes dos autos recomendam a manutenção da custódia cautelar, presentes os requisitos da prisão preventiva para garantia da ordem pública"* (e-STJ Fls. 205).

Por fim, asseverou que não seria o caso de aplicação das medidas cautelares alternativas *"porque presentes ao menos um dos requisitos do artigo 312, parágrafo único, do Código de Processo Penal, o que faz com que a aplicação de medida cautelar diversa da prisão seja ineficaz ou inadequada, sendo caso de decreto da prisão preventiva, mormente quando se tratar de paciente com antecedentes que revelam sua personalidade voltada à prática delitiva"* (e-STJ Fls. 205).

De consulta processual realizada na página eletrônica da Corte Estadual (<http://www.tjsp.jus.br>), verifica-se que, **em 2-12-2015**, sobreveio a prolação de sentença nos autos da ação penal em questão, condenando o recorrente à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, em **regime inicial semiaberto**, oportunidade em que lhe foi negado o direito de recorrer solto, diante da persistência dos motivos que ensejaram a preventiva, veja-se:

O réu viu o desenrolar do processo sob custódia cautelar, devendo tal situação permanecer até julgamento de eventual recurso, de maneira que lhe nego o direito de recorrer em liberdade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Além disso, a mencionada decisão transitou em julgado para a acusação em 18-12-2015, tendo a defesa interposto recurso de apelação criminal, ainda pendente de apreciação.

Esclarecidos os fatos, inicialmente, com relação à aplicação do princípio da insignificância ou a admissão da ocorrência de um crime de bagatela, tem-se que reflete o entendimento de que o Direito Penal deve intervir somente nos casos em que a conduta ocasiona lesão jurídica de certa gravidade, devendo ser reconhecida a atipicidade material de perturbações jurídicas mínimas ou leves, estas consideradas não só no seu sentido econômico, mas também em função do grau de afetação da ordem social que ocasionem.

Veja-se, sobre o tema, a lição de CEZAR ROBERTO BITENCOURT:

O princípio da insignificância foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin, em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, partindo do velho adágio latino minima non curat praetor.

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade a bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio de bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.

[...].

Assim, a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em razão ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida, como por exemplo, nas palavras de Roxin, 'mau-trato não é qualquer tipo de lesão à integridade corporal, mas somente uma lesão relevante; uma forma delitiva de injúria é só a lesão grave a pretensão social de respeito. Como força deve ser considerada unicamente um obstáculo de certa importância, igualmente também a ameaça deve ser sensível para ultrapassar o umbral da criminalidade'.

Concluindo, a insignificância da ofensa afasta a tipicidade. Mas essa insignificância só pode ser valorada através da consideração global da ordem jurídica. Como afirma Zaffaroni, "a insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

normativa e, conseqüentemente, a norma em particular, e que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível se estabelecer à simples luz de sua consideração isolada" (Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1, 14ª ed., Saraiva: SP, 2009, p. 21 e 22).

Certo que o referido princípio jamais pode surgir como elemento gerador de impunidade, mormente em se tratando de crime contra o patrimônio, pouco importando se o valor da *res furtiva* seja de pequena monta, até porque não se pode confundir bem de pequeno valor com o de valor insignificante ou irrisório, já que para aquela primeira situação existe o privilégio insculpido no § 2º do art. 155 do Código Penal.

A propósito, a preocupação de LUIZ REGIS PRADO:

De acordo com o princípio da insignificância, formulado por Claus Roxin e relacionado com o axioma minima non curat praetor, enquanto manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal, devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente a um bem jurídico-penal. A irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade da conduta em caso de danos de pouca importância.

O princípio da insignificância é tratado pelas modernas teorias da imputação objetiva como critério para a determinação do injusto penal, isto é, como um instrumento para a exclusão da imputação objetiva de resultados.

[...].

De qualquer modo, a restrição típica decorrente da aplicação do princípio da insignificância não deve operar com total falta de critérios, ou derivar de interpretação meramente subjetiva do julgador, mas ao contrário há de ser resultado de uma análise acurada do caso em exame, com o emprego de um ou mais vetores - v. g., valoração sócio-econômica média existente em determinada sociedade - tidos como necessários à determinação do conteúdo da insignificância. Isso do modo mais coerente e equitativo possível, com intuito de afastar eventual lesão ao princípio da segurança jurídica. (Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1 - Parte Geral - Arts. 1º a 120 - 7ª ed., RT:SP, 2007, p. 154 e 155)

A orientação do Supremo Tribunal Federal mostra-se no sentido de que, para a verificação da lesividade mínima da conduta, apta a torná-la atípica, deve levar-se em consideração os seguintes vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada, salientando 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.

Nesse sentido, da Segunda Turma do 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 - ATO INFRACIONAL EQUIVALENTE AO DELITO DE FURTO - 'RES FURTIVA' NO VALOR DE R\$ 110, 00 (EQUIVALENTE A 26,5% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - 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' (HC n. 94.505/RS, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, j. em 16-9-2008).

Assim, a aplicação do princípio da insignificância, causa excludente de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tipicidade material, admitida pela doutrina e pela jurisprudência em observância aos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, demanda o exame do preenchimento de certos requisitos objetivo e subjetivo exigidos para o seu reconhecimento, traduzidos no reduzido valor do bem tutelado e na favorabilidade das circunstâncias em que foi cometido o fato criminoso e de suas conseqüências jurídicas e sociais, **pressupostos que, no caso, não se encontram preenchidos.**

Com efeito, na hipótese, tem-se que o crime foi perpetrado mediante rompimento de obstáculo, fator que afasta a incidência do princípio da insignificância, vez que se mostram desfavoráveis as circunstâncias que cercam o caso *sub judice*, não restando configurado o reduzido grau de reprovabilidade da conduta.

Nesse sentido:

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR SIGNIFICATIVO DA RES FURTIVA. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. INAPLICABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
[...]*

IV - Ademais, na linha da jurisprudência desta Corte, ressalvado o meu entendimento pessoal, mostra-se também incompatível com o princípio da insignificância a conduta ora examinada, uma vez que o noticiado delito de furto deu-se na forma qualificada, mediante rompimento de obstáculos (precedentes).

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 342.945/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 26/02/2016)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO (MEDIANTE ESCALADA E ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO). APARELHO DE DVD, AVALIADO EM R\$ 80,00. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECORRENTES CONTUMAZES NA PRÁTICA DE CRIMES.

REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS À APLICAÇÃO DO REFERIDO POSTULADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. PARECER ACOLHIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento de que, para a aplicação do princípio da insignificância, devem estar presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (Precedente). Preenchidos todos esses



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos, a aplicação desse princípio possui o condão de afastar a própria tipicidade penal, especificamente na sua vertente material.

2. Na espécie, não há como aplicar o princípio da insignificância, uma vez que os recorrentes são reincidentes e contumazes na prática de crimes, além do que o delito foi praticado mediante escalada e rompimento de obstáculo, circunstâncias que impedem o reconhecimento da mínima ofensividade da conduta, do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, da mínima lesão jurídica provocada e da ausência de periculosidade social da ação.

3. Recurso ordinário em habeas corpus improvido.

(RHC 39.835/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 19/11/2015, grifo nosso)

Sabe-se que recentemente o Supremo Tribunal Federal assentou entendimento que é possível, diante do caso concreto, a aplicação do princípio da insignificância mesmo ao reincidente, extraíndo-se do voto do Ministro Teori Zavascki que a prática reiterada e contumaz de pequenos furtos não é socialmente aceitável:

O caso, portanto, não diz respeito a um simples e isolado furto de um par de chinelos. Trata-se, na verdade, de um furto (de pequeno valor, é certo), praticado por agente reincidente e com reiterada conduta da mesma espécie, por conta da qual se encontra cumprindo pena. Sendo assim, é preciso que o Tribunal tenha presente as consequências jurídicas e sociais que decorrem do juízo de atipicidade em casos como o examinado. Negar a tipicidade dessas condutas significa afirmar que, do ponto de vista penal, seriam condutas lícitas. Pode-se argumentar que o lesado, nesse caso, terá a faculdade de pleitear uma indenização, no plano da responsabilidade civil. Não é preciso enfatizar que, à toda evidência, a alternativa da reparação civil não passa de possibilidade meramente formal, destituída de qualquer viabilidade no plano da realidade. Sendo assim, a conduta seria não apenas penalmente lícita, mas também imune a qualquer espécie de repressão estatal, a significar que, na prática, será uma conduta equivalente a uma conduta jurídica lícita e legítima, sob todos os aspectos.

Ora, isso está em manifesto descompasso com os valores que, inegavelmente, permeiam o conceito social de justiça. É inegável que a conduta em causa – prática reiterada e contumaz de pequenos furtos – não é considerada socialmente aceitável. Não é difícil imaginar, portanto, que, ante a inação estatal em reprimi-la, a sociedade buscará proteger-se com iniciativas que redundarão em fazer justiça por mão própria. Essa é uma consequência que, nas circunstâncias, se mostra natural e incontornável. Sendo assim, parece certo que, a pretexto de favorecer o agente, a imunização da sua conduta do controle estatal acabará por deixá-lo exposto a uma situação de “justiça privada”, com resultados imprevisíveis, provavelmente muito mais graves. O Judiciário, que detém o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

monopólio da jurisdição, não pode, com sua inação, abrir espaço para que isso ocorra. É justamente para situações como essa que se deve prestigiar o papel do juiz da causa, a quem cabe avaliar, em cada caso concreto, a aplicação, em dosagem adequada, seja do disposto no art. 155, § 2º do CP, seja da adequada aplicação do princípio constitucional da individualização da pena.

(...)

À luz dessa doutrina não há como, no caso concreto, reconhecer, pura e simplesmente, a atipicidade da conduta do agente.

(HC 123108 / MG - MINAS GERAIS, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 03/08/2015, Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

E, conforme asseverado no acórdão impugnado, verifica-se que o recorrente é reincidente e possui registros criminais, estando cumprindo pena em regime aberto ao tempo dos fatos (e-STJ fl. 204), situação que demonstra a reprovabilidade do seu comportamento, motivo suficiente a embasar a incidência do Direito Penal como forma de coibir a reiteração delitiva, a fim de evitar que adote pequenos crimes patrimoniais como meio de vida, conforme ocorre *in casu*.

Colhe-se do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DE REFORÇO INDEVIDO NA FUNDAMENTAÇÃO. REPRODUÇÃO DAS CONSTATAÇÕES FÁTICAS AFIRMADAS NAS INSTÂNCIAS INFERIORES. NÃO INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES, PRATICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. REINCIDÊNCIA.

(HC 130617 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 02/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 26-02-2016 PUBLIC 29-02-2016)

*Habeas corpus. 2. Furto qualificado pelo concurso de agentes. Condenação. 3. Alegação de violação ao Enunciado 7 da Súmula do STJ. Não houve reexame do contexto fático-probatório produzido nas instâncias ordinárias, mas tão somente uma valoração jurídica dos fatos, consentânea aos limites legalmente impostos ao recurso especial. 4. Violação ao artigo 5º, inciso LIV, da CF. Inocorrência. Corréu devidamente intimado, que deixou de contra-arrazoar o REsp. 5. Tese de crime impossível. Os sistemas de vigilância de estabelecimentos comerciais, ou até mesmo os constantes monitoramentos realizados por funcionários, não têm o condão de impedir totalmente a consumação do crime. Precedentes do STF. 6. **Aplicação do princípio da insignificância. Sentenciados reincidentes na prática de crimes contra o***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

patrimônio. Precedentes do STF no sentido de afastar a aplicação do princípio da insignificância aos acusados reincidentes ou de habitualidade delitiva comprovada.

7. Ordem denegada.

(HC 117083, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 14-03-2014 PUBLIC 17-03-2014)

No mesmo sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REINCIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE.

Na linha da jurisprudência desta eg. Corte, ressalvado o meu entendimento pessoal, mostra-se incompatível com o princípio da insignificância a conduta ora examinada, haja vista que, a despeito da reduzida expressividade do valor do bem subtraído, o Agravante é reincidente (precedentes).

Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 388.946/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/02/2015, DJe 18/02/2015)

No que tange aos fundamentos da segregação, verifica-se que a custódia cautelar do recorrente encontra-se devidamente embasada no previsto no art. 312 do CPP, justificando-se para a garantia da ordem pública, a fim de se evitar a reiteração de práticas delitivas de igual natureza.

Conforme bem destacado pelas instâncias ordinárias e verificado na Folha de Antecedentes Criminais, acostada às e-STJ Fls. 116 a 123, o recorrente é reincidente pela prática de delito idêntico ao de que aqui se trata - furto qualificado -, a revelar que o caso em comento não se trata de fato isolado, merecendo destaque que se encontrava em cumprimento de pena em regime aberto quando do cometimento do presente delito.

Tais circunstâncias revelam inclinação à criminalidade, e que a ação do Estado, assim como as benesses legais que foram concedidas ao agente, não surtiram os efeitos desejados, concretizando a conclusão pela sua efetiva perniciosidade social, inviabilizando a pretendida liberdade, já que patente a real possibilidade de que, solto, continue a delinquir.

Segundo a doutrina de JULIO FABBRINI MIRABETE: *"Fundamenta em*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primeiro lugar a decretação da prisão preventiva a garantia da ordem pública, evitando-se com a medida que o delinquente pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentuadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida", concluindo que "está ela justificada se o acusado é dotado de periculosidade, na perseverança da prática delituosa, [...]" (Código de Processo Penal interpretado. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 803).

Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes desta Corte Superior de Justiça:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. TENTATIVA. PRISÃO CAUTELAR. REITERAÇÃO DELITIVA. PERICULOSIDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Não é ilegal o encarceramento provisório decretado para o resguardo da ordem pública, em razão da reiteração delitiva do paciente, que, na dicção do juízo de primeiro grau, já responde a outro processo criminal pela prática do mesmo crime - furto em caixa eletrônico - pelo qual encontrava-se em gozo de liberdade provisória concedida no mês anterior a esta nova prisão em flagrante.

2. Ordem denegada.

(HC 341.408/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. RECORRENTE CONTUMAZ NO CRIME. REITERAÇÃO DELITIVA. PERICULUM LIBERTATIS. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

[...]

II - No caso, o decreto prisional se encontra devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam que a liberdade do ora recorrente acarretaria risco à ordem pública, tendo em vista o fundado receio de reiteração delitiva, uma vez que o recorrente seria contumaz na prática de crimes, bem como, diante do fato de praticar, em tese, a presente conduta estando em liberdade provisória concedida dias antes, a evidenciar a real necessidade da prisão cautelar decretada. (Precedentes).

III - Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, garantirem ao paciente a revogação da prisão preventiva se há nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar, o que ocorre na hipótese.

IV - Não é cabível a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, in casu, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 62.030/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 05/11/2015)

Assim, e verificando-se que agora há sentença condenatória proferida, em que foram avaliadas todas as circunstâncias do evento criminoso e as condições pessoais do réu, julgando-se necessária a manutenção da prisão preventiva, e constatando-se que permaneceu custodiado durante toda a instrução criminal, não se vislumbra ilegalidade a ser sanada por este Superior Tribunal.

Com efeito, a orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu preso durante a persecução criminal, se presentes os motivos para a segregação preventiva, como ocorre *in casu*.

A propósito:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. ROUBO MAJORADO TENTADO. PRISÃO CAUTELAR MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RÉU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO. PERSISTÊNCIA DOS MOTIVOS QUE ENSEJARAM A SEGREGAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 3. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. No caso, constatado que o paciente respondeu preso a todo o processo, a exigência de fundamentação exaustiva e a possibilidade do recurso em liberdade devem ser avaliadas com excepcional prudência. Ora, se os elementos apontados no decreto construtivo foram suficientes para manter a medida excepcional em momento processual em que existia somente juízo de cognição provisória e sumária acerca da responsabilidade criminal do acusado, com a prolação do édito condenatório precedido de amplo contraditório, no qual as provas foram analisadas por órgão judiciário imparcial, é de todo incoerente reconhecer ao condenado o direito de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aguardar em liberdade o trânsito em julgado do processo quando inalterados os motivos ensejadores da medida. Noutras palavras, é incompatível com a realidade processual manter o acusado preso durante a instrução e, após a sua condenação, preservado o quadro fático-processual decorrente da custódia cautelar, assegurar-lhe a liberdade; afinal, assim como já assinalou o Supremo Tribunal Federal, trata-se de situação em que enfraquecida está a presunção de não culpabilidade, pois já emitido juízo de certeza acerca dos fatos, materialidade, autoria e culpabilidade, ainda que não definitivo.

3. Constatado que o pedido de alteração do regime prisional não foi analisado pelo Tribunal a quo no julgamento do writ originário, fica esta Corte impedida de examinar a questão, sob pena de incorrer em vedada supressão de instância. Ademais, o tema deve ser apreciado no recurso de apelação já interposto.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 279.487/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 14/05/2014)

De se observar, ainda, que concluindo as instâncias ordinárias pela imprescindibilidade da preventiva, resta clara a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que, além de haver motivação apta a justificar o sequestro corporal a bem da ordem pública, a sua aplicação não se mostraria adequada e suficiente para reprimir a atividade ilícita desenvolvida pelo recorrente, ou seja, para evitar o risco de reiteração, diante da presença do *periculum libertatis*, bem demonstrado na espécie.

Como reiteradamente vem decidindo esta Corte Superior: "*Demonstrada a necessidade concreta da custódia provisória, a bem do resguardo da ordem pública, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas pela Lei n.º 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e à repressão do crime*" (HC 261.128/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 29/04/2013).

Por outro lado, tendo em vista a imposição do regime semiaberto na condenação, se faz necessário compatibilizar a manutenção da custódia cautelar com o aludido modo de execução, tudo a fim de não prejudicar o condenado, beneficiado com o regime intermediário de cumprimento de pena.

Não obstante o julgamento ocorrido em 4-12-2014, quando esta colenda Quinta Turma deliberou pela incompatibilidade da preservação da prisão preventiva



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quando imposto ao condenado o regime prisional semiaberto, continuei ressaltando meu entendimento em sentido diverso, mantendo o posicionamento que vinha adotando até o momento, que afirmava a compatibilidade da preventiva nessa hipótese, o qual levou a Turma a rever sua conclusão, findando por decidir, por maioria, em igual vértice, em sessão realizada no dia 17-3-2015.

Dessa forma, voto no sentido da manutenção da custódia cautelar, até porque assim o recorrente começará a cumprir a reprimenda que lhe foi imposta, mesmo em sede de execução provisória, compatibilizando, contudo, a prisão cautelar com o aludido modo de execução, sob pena de estar impondo ao acusado regime prisional mais gravoso tão somente pelo fato de ter optado pela interposição de recurso, em flagrante ofensa ao princípio da razoabilidade.

Assim, de ser concedido *habeas corpus* de ofício, apenas para determinar que o recorrente aguarde o julgamento de eventual apelação em estabelecimento adequado ao regime prisional fixado na sentença condenatória.

Nesse norte:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ROUBO. GRAVE AMEAÇA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. PRISÃO PREVENTIVA. APELO EM LIBERDADE NEGADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERMANÊNCIA DO RECORRENTE EM REGIME FECHADO. IMPOSSIBILIDADE.

I - A negativa do direito de recorrer em liberdade foi devidamente fundamentada, em elementos concretos, pelas instâncias ordinárias.

Crime de roubo cometido com grave ameaça à vítima.

II - É preciso compatibilizar a manutenção da prisão cautelar com o regime inicial determinado na sentença condenatória, sob pena de se impor regime mais gravoso ao acusado, tão somente pelo fato de ter optado pela interposição de recurso. Precedentes desta 5ª Turma.

III - Recurso ordinário provido para assegurar ao Recorrente o direito de aguardar o trânsito em julgado da condenação em regime compatível ao semiaberto, salvo a existência de prisão preventiva por força de outro processo.

(RHC 39.060/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2.º, I E II, CP). UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONDENAÇÃO EM REGIME SEMIABERTO. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. PERMANÊNCIA DO PACIENTE EM REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ILEGALIDADE MANIFESTA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...]

VI. *In casu*, há manifesto constrangimento ilegal, passível de concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

VII. Ainda que válida a fundamentação para a manutenção da custódia cautelar, de acordo com a jurisprudência pacífica do STJ o indeferimento do direito de apelar em liberdade, quando fixado o regime prisional semiaberto como inicial para o cumprimento da pena reclusiva, configura inegável constrangimento ilegal, eis que o réu não pode aguardar o julgamento do seu recurso em regime prisional mais gravoso do que aquele que foi estabelecido na sentença condenatória. Precedentes.

VIII. "Ainda que fundamentada a decisão quanto à negativa ao direito do paciente de aguardar o julgamento em liberdade, deve-se evitar que o réu permaneça, até o trânsito em julgado da condenação, em situação mais gravosa do que aquela estabelecida para o cumprimento da pena definitiva. Fixado o regime semiaberto para início de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o paciente, desde já, ser inserido nesse regime" (STJ, HC 214.766/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe de 23/11/2011).

IX. Habeas corpus não conhecido.

X. Concessão da ordem, de ofício, para assegurar, ao paciente, o direito de aguardar o julgamento do seu recurso no regime semiaberto, que lhe foi fixado na sentença condenatória.

(HC 244.275/SP, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 18/03/2013)

Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso ordinário, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, apenas para **determinar que o recorrente aguarde o julgamento da apelação em estabelecimento adequado ao regime prisional fixado - o semiaberto.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0320246-3

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 66.612 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00015977220158260482 0020000 1281/2015 12812015 15977220158260482 20000
2185314632015826 21853146320158260000 RI002YGSZ0000

EM MESA

JULGADO: 15/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SANDRO NASCIMENTO SILVA (PRESO)

ADVOGADO : HUGO CRIVILIM AGUDO

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.