

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes:

Trata-se de Recurso Ordinário interposto contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), proferido no julgamento do Agravo Regimental no HC 733.644/SC, submetido à relatoria do Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador convocado).

Consta dos autos, em síntese, que o recorrente ---- foi condenado a 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime aberto, substituída por restritivas de direitos, enquanto o recorrente ---- foi condenado a 2 anos e 26 dias de reclusão, em regime semiaberto, ambos pela prática do crime descrito no art. 155, §1º, §2º e §4º, do Código Penal.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina negou provimento ao recurso de Apelação interposto pela defesa.

A defesa, então, impetrou Habeas Corpus no Superior Tribunal de Justiça, cuja ordem foi denegada pelo Ministro relator. Essa decisão foi confirmada pelo colegiado no julgamento do subsequente Agravo Regimental. O acórdão ficou assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS . FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DELITO PRATICADO EM CONCURSO DE AGENTES E NO PERÍODO NOTURNO, ALÉM DA REINCIDÊNCIA DE UM DOS ACUSADOS. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MULTA. PEDIDO NÃO APRECIADO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA SOCIALMENTE NÃO RECOMENDÁVEL.

1. O princípio da insignificância foi devidamente afastado pelas instâncias anteriores, uma vez que, apesar do não relevante valor da res furtiva (R\$ 100,00), a reincidência e o fato de o delito ter sido praticado em concurso de agentes e durante o repouso noturno são capazes de afastar a atipicidade material da conduta, diante da maior gravidade da ação. Precedentes.

2. Em relação à substituição da pena privativa de liberdade por multa, a sua não apreciação junto ao Tribunal de Justiça impede o conhecimento da matéria por esta Corte superior, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Ainda que eventual pleito constitua matéria de ordem pública, podendo ser conhecido de ofício, a aplicação do privilégio contido no art. 155, §2º, do Código Penal impõe ao julgador uma gama de opções (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), que deve ser examinada em cotejo com as circunstâncias fáticas do caso, providência vedada na estreita via do habeas corpus .

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, "até mesmo as nulidades absolutas devem ser objeto de prévio exame na origem a fim de que possam inaugurar a instância extraordinária" (AgRg no HC n. 395.493/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Crz, DJe de 25/05/2017).

5. A prática de novo crime por réu que cumpre pena por delito diverso autoriza a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, por não se mostrar socialmente recomendável a aplicação da medida, nos termos do art. 44, §3º, do CP.

6. Agravo improvido.

No Recurso Ordinário, buscou a Defensoria Pública absolver os recorrentes em razão da atipicidade formal ante a ausência das elementares do crime em questão, bem como em razão da atipicidade material pelo princípio da insignificância. Subsidiariamente, aplicar exclusivamente a pena de multa para o recorrente ---- e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em relação ao paciente ----.

O relator inicial, Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, negou provimento ao Recurso Ordinário, mas concedeu a ordem, de ofício, tão somente para determinar que a pena de reclusão do recorrente ---- seja cumprida em regime aberto.

Neste Agravo Regimental, a Defensoria Pública reitera o pedido de aplicação do princípio da insignificância. Enfatiza que Os agravantes pleiteiam que seja aplicado em seu favor o princípio da insignificância, uma vez que foram condenados por subtrair 1 macaco (peça automotiva), 2 galões para combustível e 1 garrafa contendo óleo diesel, avaliados em R\$ 100,00, e recuperados pela vítima, de acordo com foto apresentada no

recurso de apelação da defesa (aliás, cabe dizer, avaliação muito generosa, uma vez que os itens da foto mais parecem objetos retirados de uma lixeira).

Feito esse breve relatório, passo ao voto.

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/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe de 18 /02/2016).

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, o Superior Tribunal de Justiça consignou:

O princípio da insignificância foi devidamente afastado pelas instâncias anteriores, uma vez que, apesar do menor valor da res furtiva, a reincidência e o fato de o delito ter sido praticado em concurso de agentes e durante o repouso noturno são capazes de afastar atipicidade

material da conduta, diante da maior ousadia das ações, nos termos da jurisprudência pacífica deste STJ.

À luz das referidas premissas, em ampla análise à conduta do paciente, não obstante o valor subtraído, não há como afastar o nível de reprovabilidade assentado pelas instâncias antecedentes, sobretudo se considerado que “ o delito foi perpetrado mediante concurso de agentes e durante o repouso noturno, circunstâncias que aumentam consideravelmente a reprovação da conduta. Além disso, pesa em desfavor de ---- a agravante da reincidência, existindo demonstração nos autos de que na data dos fatos encontrava-se cumprindo pena em regime aberto por roubo” . Essa conclusão não destoia do entendimento firmado pelo Plenário e do que têm decidido as Turmas deste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: HC 150.345/MG, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 01/12/2017; HC 133.252/MG, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 08/04 /2016; HC 118.028/MT, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 17 /12/2013.

Por outro lado, quanto ao modo de cumprimento da reprimenda penal , a presente hipótese apresenta quadro de constrangimento ilegal em relação ao recorrente ----, razão pela qual, Presidente, peço vênias ao eminente Ministro CRISTIANO ZANIN.

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, concluiu 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, não houve a devida compatibilização, uma vez que a imposição do regime inicial semiaberto para o recorrente ----, mantido pelo STJ, pareceu, realmente, colidir com a proporcionalidade na escolha do regime de cumprimento de pena que melhor se coadune com as circunstâncias da conduta de subtrair 1 (um) macaco (peça automotiva), 2 (dois) galões para combustível, e 1 (uma) garrafa contendo óleo diesel, avaliados em R\$ 100,00 (cem reais), sobretudo porque não houve qualquer lesão ao patrimônio da vítima, uma vez que os bens foram restituídos. Daí por que, com razão, o eminente relator inicial, Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, concedeu a ordem, de ofício, para determinar que a pena de reclusão do recorrente ---- seja cumprida em regime aberto.

Diante desse quadro, e considerando que os vetores para a substituição da pena são basicamente os mesmos para o estabelecimento do regime prisional, entendo que é igualmente 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, DOU PARCIAL provimento ao Agravo Regimental, para, além de estabelecer o regime aberto, converter a pena privativa de liberdade do recorrente ---- por restritivas de direitos, cabendo ao Juízo de origem fixar as condições da pena substitutiva. É o voto.