

**HABEAS CORPUS Nº 519.178 - SC (2019/0190614-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
RENATO MORENO DOS SANTOS - PR050060  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**PACIENTE** : FELIPE DA SILVA  
**PACIENTE** : RODRIGO FERREIRA DE MELLO  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

**DECISÃO**

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **FELIPE DA SILVA e RODRIGO FERREIRA DE MELLO** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados como incurso nas sanções do art. 155, parágrafo 4º, incisos I e IV, c/c art. 14, inciso II, ambos do CP, às penas de 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 08 (oito) dias-multa, sendo fixado o regime fechado para **RODRIGO FERREIRA DE MELLO** e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em relação à **FELIPE DA SILVA**.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo, nos termos do acórdão juntado às fls. 248-274, com a seguinte ementa:

*"APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO (ART. 155, §4º, I E IV, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INCONFORMISMOS DOS RÉUS. MÉRITO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA PELA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME PRATICADO COM DESTRUIÇÃO OU ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E MEDIANTE CONCURSO DE PESSOAS. MAIOR GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ENTENDIMENTO DO STJ. MANUTENÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO. DOSIMETRIA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA MAJORANTE DE REPOUSO NOTURNO. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. JUIZ A QUO QUE AFASTOU A CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 155, §1º, DO*

*CP. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. REDUÇÃO PELA TENTATIVA EM SEU PATAMAR MÁXIMO (2/3). IMPOSSIBILIDADE. ITER CRIMINIS PERCORRIDO PRÓXIMO A SUA TOTALIDADE. DELITO NÃO CONSUMADO POR CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS À VONTADE DOS AGENTES. FRAÇÃO DE 1/3 (UM TERÇO) ADOTADA QUE SE MOSTRA CORRETA. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. RÉU FELIPE. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO NA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. RÉU RODRIGO. PLEITO NÃO PROVIDO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E RÉU REINCIDENTE. INVIABILIDADE DE CONCESSÃO DE REGIME QUE NÃO SEJA INICIALMENTE O FECHADO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO."*

Contra o julgado, a defesa opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados (fls. 290-299).

No presente **writ**, o impetrante sustenta a atipicidade material da conduta praticada, ante a possibilidade de incidência do princípio da insignificância. Igualmente, alega constrangimento ilegal na terceira fase da dosimetria, bem como na fixação do regime inicial de cumprimento da pena.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para "*d.1) absolver os pacientes, tendo em vista a manifesta atipicidade material de sua conduta; d.2) aplicar a fração redutora da tentativa no patamar máximo (2/3); d.3) reconhecer a figura privilegia do delito (§2º do art. 155 do CP) em favor do paciente Felipe; d.4) fixar o regime aberto para cumprimento da pena em relação ao paciente Rodrigo; d.5) substituir as penas restritivas de direito por uma restritiva de direitos e multa em relação ao paciente Felipe*".

O pedido liminar foi indeferido (fls.303-304).

As informações foram prestadas às fls. 306-357.

O Ministério Público Federal, às fls. 363-368, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

*"HABEAS CORPUS IMPETRADO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. TODAVIA, É O*

**CASO DA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. FURTO QUALIFICADO TENTADO. CONDENAÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT, MAS PELA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO PARA ABSOLVER OS PACIENTES."**

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem, de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Sustenta o impetrante a atipicidade material da conduta praticada, ante a possibilidade da incidência do princípio da insignificância, sob a aventada *"conduta sem qualquer relevância jurídico-penal: a subtração de 2 garrafas de cerveja Stella Artois, avaliadas em R\$ 10,00 (dez reais) e devidamente restituídas à vítima."*

Quanto ao **punctum saliens**, o Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **in verbis**:

*"É sabido que o princípio da insignificância não possui expressa previsão legal, sendo observado como princípio auxiliar de determinação de tipicidade, fundado no brocardo civil minimis non curai praetor e na conveniência da política criminal.*

*Outrossim, sabe-se que para a sua aplicação é imprescindível a satisfação dos seguintes vetores: (a) mínima ofensividade da conduta do agente; (b) ausência de periculosidade social da ação; (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.*

*Com efeito, a aplicação do princípio em comento deve ser acurada, de modo que não se transforme em incentivo à prática de pequenos ilícitos que perturbem a ordem social.*

*Na hipótese, infere-se que o crime de furto foi praticado pelos*

*acusados com destruição ou rompimento de obstáculo e mediante o concurso de pessoas, o que confere maior grau de reprovabilidade da conduta, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:*

*[...]*

*Dessa maneira, diante do alto grau de reprovabilidade comportamento dos acusados, afasta-se o pleito absolutório de aplicação do princípio da insignificância, sob pena de incentivar os apelantes à prática de condutas delitivas."*

Sobre o tema, é bem de ver que o prejuízo não pode ser o que, ao final, resultou concretamente realizado, vale dizer, **o princípio da insignificância tornaria determinada modalidade delituosa de adequação típica de subordinação mediata em conduta atípica por suposta ausência de ofensa ("ao final") a bem jurídico.**

O **Plenário do Supremo Tribunal Federal**, ao examinar, conjuntamente, o HC n. 123.108/MG, Rel. Min. **Roberto Barroso**; o HC n. 123.533/SP, Rel. Min. **Roberto Barroso** e o HC n. 123.734/MG, Rel. Min. **Roberto Barroso**, definiu que a incidência do princípio da insignificância deve ser feita caso a caso (**Informativo nº. 793/STF**).

**Na hipótese**, não se tem como irrelevante as condutas dos pacientes que, mediante rompimento de obstáculo, e durante repouso noturno, um deles reincidente, furtaram um **estabelecimento comercial de pequeno porte**, e *"que, além da subtração de garrafas de cerveja (não apenas as duas garrafas apreendidas, ingeriram bebidas no local e dispensaram frascos de bebida subtraídos com a chegada da polícia), houve prejuízo financeiro, decorrente do arrombamento de uma das portas, conforme laudo pericial."*

Ainda que se considere o delito como de pouca gravidade, tal não se **identifica com o indiferente penal se, como um todo, observado o binômio tipo de injusto/bem jurídico, deixou de se caracterizar a sua insignificância.**

Assim, **no caso concreto**, o valor do prejuízo causado pelas condutas dos pacientes **evidencia não ser o caso de reconhecer-se a irrelevância penal da conduta.** Desse modo, nota-se que as instâncias ordinárias decidiram de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, inexistindo flagrante

ilegalidade a ser sanada na via estreita do **habeas corpus**.

Nesse sentido:

**"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TENTATIVA DE FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RES FURTIVA DE PEQUENO VALOR. PRÁTICA ANTERIOR DE DELITOS DO MESMO TIPO. INAPLICABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA NA FRAÇÃO DE 1/3 NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

[...]

*III - In casu, imputa-se ao paciente a subtração de 27 (vinte e sete) folhas de alumínio, com valor estimado em R\$ 30,00 (trinta reais), que foram, posteriormente, devolvidas à vítima. Não obstante a res furtiva tenha pequeno valor, equivalente, aproximadamente, a 4% do salário mínimo vigente à época do fato (salário mínimo em 2014 - R\$ 724,00), na linha da jurisprudência desta Corte, ressalvado o meu entendimento pessoal, **mostra-se incompatível com o princípio da insignificância a conduta ora examinada, haja vista que o paciente tem extensa folha de antecedentes, inclusive condenações pela prática de delitos da mesma espécie (precedentes).***

*IV - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005).*

*V - Na espécie, o exame da quaestio evidencia, a meu ver, a desproporcionalidade na fixação da pena base, uma vez que esta foi exasperada acima do mínimo legal apenas em virtude da existência de maus antecedentes. Entendo, pois, que a exasperação razoável seria, **in casu**, na fração de 1/6 (um sexto), e não em 1/3 (um terço), conforme estipulado na r. sentença (precedentes).*

**Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, somente para redimensionar a pena do paciente" (HC n. 339.922/SC, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 3/2/2016,**

grifei).

**"HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. DESVIRTUAMENTO. FURTO DE LATAS DE CERVEJA AVALIADAS EM R\$ 61,00. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. RECIDIVA DO PACIENTE EM CRIMES PATRIMONIAIS. QUALIFICADORA DE ARROMBAMENTO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA.**

1. 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, a fim de excluir ou afastar a própria tipicidade da conduta, examinada em seu caráter material, observando-se, ainda, a presença dos seguintes vetores: mínima ofensividade da conduta do agente; ausência total de periculosidade social da ação; ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica ocasionada.

2. Se, do ponto de vista dogmático, a existência de maus antecedentes não poderia ser considerada como óbice ao reconhecimento da insignificância penal - por aparentemente sinalizar a prevalência do direito penal do autor e não do fato -, não deve o juiz, ao avaliar a tipicidade formal, ignorar o contexto que singulariza a ação como integrante de uma série de outras de igual natureza, as quais evidenciam o comportamento humano avesso à norma incriminadora.

3. **A subtração de 36 latas de cerveja, avaliadas em R\$ 61,00, muito embora tenha sido contra pessoa jurídica, deu-se por meio de arrombamento e foi perpetrada por agente reincidente, com duas condenações anteriores por crimes de natureza patrimonial, a denotar sua habitualidade criminosa, de maneira que a conduta não se revela como de escassa ofensividade social e penal.**

4. *Habeas corpus não conhecido*" (HC n. 309.905/SP, Sexta Turma, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 2/3/2015, grifei).

**No que se refere à incidência do furto privilegiado**, considerando que o Tribunal de origem não se pronunciou sobre referido tema, eis que sequer foi arguido originariamente, esta Corte Superior fica impedida de se debruçar sobre a matéria, **sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.**

Quanto à fração referente ao crime tentado, **in casu**, observa-se que

as instâncias ordinárias destacaram a adequação da fração aplicada, levando em conta o critério do **iter criminis**, que foi substancialmente percorrido e chegou muito próximo da consumação, uma vez que os pacientes "*adentraram no estabelecimento comercial, consumiram alguns produtos no interior do imóvel e quando estavam saindo na posse de outros produtos, policiais acionados pelo alarme do local abordaram os agentes saindo do estabelecimento, impedindo, assim, a consumação do crime de furto. Logo, diante do iter criminis percorrido, verifica-se que a redução da reprimenda em virtude da tentativa, na fração de 1/3 (um terço), mostra-se escorreita, uma vez que os apelantes tão somente não obtiveram êxito na empreitada criminosa, pois flagrados e abordados por policias, após o disparo do alarme do estabelecimento vítima.*"

Portanto, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, pois o acórdão impugnado se encontra em consonância com a jurisprudência desta Corte, que considera idôneo o critério do **iter criminis** percorrido.

**Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.**

A propósito:

*"PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE MUNIÇÃO. ART. 18 DA LEI N. 10.826/03. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. MOMENTO CONSUMATIVO. FISCALIZAÇÃO PELA ZONA ALFANDEGÁRIA. CARACTERIZAÇÃO DO CONATUS. FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DOS ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS. SUM 7/STJ.*

*(...)*

*III - A diminuição da pena pela tentativa deve considerar o iter criminis percorrido pelo agente para a consumação do delito. Para infirmar a conclusão a que chegou o eg. Tribunal de origem seria necessária nova incursão na seara probatória - notadamente no que diz respeito às etapas de execução do delito -, procedimento defeso em sede de apelo extremo.*

*Recursos especiais desprovidos.*" (REsp 1392567/PR, **Quinta Turma, Felix Fischer**, DJe 28/04/2017).

*"CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL MANTIDA. MAUS ANTECEDENTES. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA 545/STJ. MANIFESTAÇÃO DO RÉU VALORADA NA FORMAÇÃO DO JUÍZO CONDENATÓRIO. AUMENTO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA. CRITÉRIO DO ITER CRIMINIS PERCORRIDO OBSERVADO. ÓBICE AO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NA VIA ELEITA. REGIME PRISIONAL FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PRIMARIEDADE DO RÉU. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*(...)*

*4. O Código Penal, em seu art. 14, II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, a jurisprudência desta Corte reconhece o critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o iter criminis percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição.*

*5. Considerando que as instâncias ordinárias reconheceram ser cabível a redução da pena pela tentativa em 1/3 devido ao iter criminis percorrido, maiores incursões acerca do tema demandariam revolvimento fático-probatório, o que é inadmissível na via eleita.*

*(...)*

*9. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, para estabelecer a pena de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, e o pagamento de 8 (oito) dias-multa." (HC 361.054/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 02/05/2017).*

Em relação ao **regime inicial de cumprimento de pena**, conforme o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, a sua fixação pressupõe a análise do **quantum** da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal.



Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

*"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."*

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, **in verbis**:

*"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."*

*"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."*

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

**In casu**, em relação à **RODRIGO FERREIRA DE MELLO**, não obstante a reincidência e as circunstâncias judiciais desfavoráveis, de ofício, é possível abrandar o regime inicial de cumprimento da pena com lastro em entendimento do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 123.108/MG, de relatoria do Ministro Roberto Barroso.

No presente caso, **excepcionalmente**, apesar de ser socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância ao furto de coisa de diminuto valor, ante a contumácia do paciente e as circunstâncias do delito, a sanção privativa de liberdade deverá ser resgatada em regime inicial aberto, de modo a paralisar a incidência do art. 33, § 2º, alínea c, do CP, em observância ao princípio da proporcionalidade.

Quanto ao paciente **FELIPE DA SILVA**, inexistente qualquer constrangimento ilegal a ser sanado pelo **writ**, eis que esta Quinta Turma é assente no sentido de que *"não se mostra socialmente recomendável a aplicação de uma nova pena de multa, em caráter substitutivo, no caso de o preceito secundário*

*do tipo penal possuir previsão de multa cumulada com a pena privativa de liberdade, devendo-se privilegiar a incidência de duas medidas restritivas de direitos nessa hipótese."* (HC 470.920/SC, **Quinta Turma**, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 15/10/2018).

Ante o exposto, **não conheço** do **habeas corpus**. Contudo, **concedo a ordem de ofício**, para fixar o regime aberto à **RODRIGO FERREIRA DE MELLO**, para o início de cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação.

P. e I.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)  
Relator