

28/08/2018

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 137.217 MINAS GERAIS

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
PACTE.(S)	: ALJICIO BARBOSA DE ALMEIDA
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: *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

HC 137217 / MG

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto médio do Ministro Alexandre de Moraes, Presidente e Redator, acordam em conceder a ordem, de ofício, no sentido da substituição da pena por medidas restritivas de direito a serem fixadas pelo Juízo de origem, vencidos o Ministro Marco Aurélio, Relator, que denegava a ordem; os

HC 137217 / MG

Ministros Luís Roberto Barroso e Rosa Weber, que votaram no sentido da absolvição; e, parcialmente, o Ministro Luiz Fux, que fixava o regime aberto. Falou o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, Defensor Público Federal, pelo Paciente.

Brasília, 28 de agosto de 2018.

Ministro **ALEXANDRE DE MORAES**

Redator

28/08/2018

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 137.217 MINAS GERAIS

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
PACTE.(S)	: ALJICIO BARBOSA DE ALMEIDA
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Dr. Rafael Ferreira de Souza:

O Juízo da Segunda Vara Criminal de Execuções Penais da Comarca de São João Del Rei/MG, no processo nº 0086329-92.2013.13.0625, absolveu o paciente da prática do delito versado no artigo 155, cabeça (furto), do Código Penal. Apontou a atipicidade material da conduta, levando em conta o pequeno valor da coisa subtraída – R\$ 31,20 – e a restituição dos bens – 4 frascos de xampu – à vítima.

O Ministério Público interpôs apelação, objetivando a condenação. A Quinta Câmara Criminal, ao prover o recurso, condenou o paciente a 8 meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 6 dias-multa, ante o cometimento da infração prevista no artigo 155 (furto), combinado com o 14, inciso II (tentativa), do Código Penal. Aludiu a antecedentes criminais e à reincidência, considerada condenação anterior, transitada em julgado, por crime patrimonial, tendo-os como suficientes para afastar o princípio da bagatela. Na sequência, deixou de acolher os embargos

HC 137217 / MG

infringentes formalizados pela defesa.

Protocolado recurso especial, foi inadmitido pelo Terceiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça.

A defesa interpôs agravo – de nº 848.760 – no Superior Tribunal de Justiça, ao qual o Relator negou provimento, por entender estar a decisão atacada em consonância com a jurisprudência do Tribunal. A Quinta Turma desproveu agravo interno, consignando o acerto das premissas lançadas no ato impugnado.

A Defensoria Pública da União reafirma o cabimento do princípio da insignificância. Diz que a função do Direito Penal é tutelar bens jurídicos relevantes. Refere-se à inexpressividade da lesão, reportando-se ao pequeno valor da coisa, a demonstrar a atipicidade material da conduta. Destaca precedentes. Salienta mostrar-se a condenação do paciente pelo Tribunal de Justiça contrária à jurisprudência. Anota não ser a reincidência apta a impedir a absolvição, implementada pelo Juízo.

Requeru, em âmbito liminar, fosse assegurado ao paciente o direito de aguardar, em liberdade, o julgamento desta impetração. No mérito, postula a observância do princípio da bagatela.

Vossa Excelência, em 5 de maio de 2017, deixou de acolher o pedido de urgência.

A Procuradoria-Geral da República opina pelo deferimento parcial da ordem a fim de ser redimensionada a sanção para 2 meses e 20 dias de reclusão, a cumprir-se no regime aberto.

HC 137217 / MG

Andamento processual, constante do sítio do Tribunal de Justiça, revelou o início do processo de execução da pena em 21 de outubro de 2016, não havendo informação sobre o atual estágio.

Lancei visto no processo em 18 de agosto de 2018, liberando-o para exame na Turma a partir do dia 28, isso objetivando a ciência da impetrante.

É o relatório.

28/08/2018

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 137.217 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR):

FURTO – OBJETO – PEQUENO VALOR – INSIGNIFICÂNCIA – DIMINUIÇÃO DA PENA. A teoria da insignificância não se coaduna com a previsão do § 2º do artigo 155 do Código Penal, a revelar que, sendo primário o réu e de pequeno valor a coisa furtada, o juiz poderá substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços ou somente aplicar multa.

Busca-se o reconhecimento da prática do denominado crime de bagatela. Reitero o que fiz ver, em 5 de maio de 2017, quando indeferi o pedido de medida acauteladora:

[...]

2. Observem a ordem jurídica. Para a situação em que o bem furtado é de pequeno valor, há figura típica específica. Eis o preceito regedor da matéria:

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.

[...]

HC 137217 / MG

Vejam que o Tribunal estadual, no julgamento da apelação formalizada pelo Órgão acusador, destacou a existência de antecedentes criminais e a reincidência, considerada condenação anterior, transitada em julgado, por crime patrimonial.

Indefiro a ordem.

É como voto.

28/08/2018

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 137.217 MINAS GERAIS**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, a hipótese é de tentativa de furto de quatro frascos de shampoo, marca Dove, no valor de trinta e um reais e vinte centavos. Conforme foi destacado da Tribuna, não se tem notícia nem de violência física nem de prejuízo real para vítima, no caso o supermercado, porque os bens foram prontamente devolvidos. E observou o Doutor Gustavo Zortéa da Silva, da tribuna, houve o monitoramento durante todo o tempo em que o paciente esteve no supermercado. O Plenário do Supremo, quando julgou um *habeas corpus*, de minha relatoria, sobre a questão da insignificância, assentou o seguinte:

"1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo ("conglobante"), 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.

2. Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (I) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (II) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade."

Assim decidiu o douto Plenário.

Aqui, neste caso - R\$ 31,20 -, o juiz de primeiro grau, que é o que está mais próximo do fato, que é o que está mais próximo da comunidade, entendeu ser a hipótese de aplicação do princípio da insignificância. Desse modo, com todas as vênias à posição do Tribunal e à posição do

HC 137217 / MG

Ministro Marco Aurélio, não vejo por que, neste caso, se ultrapassar a avaliação que a pessoa mais qualificada para valorar o fato concreto e o impacto dele sobre a comunidade realizou.

Assim, eu vou pedir todas as vênias para, excepcionalmente, não conhecendo do recurso, conceder a ordem de ofício, Presidente, para restabelecer a decisão absolutória de primeiro grau, cumprimentando, uma vez mais, o ilustre Defensor Público.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite? Talvez seja o caso de admitir-se a impetração, porque o ato impugnado foi formalizado em agravo interno visando à subida do recurso especial. Não se trata de *habeas* contra decisão proferida considerada outra impetração.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A minha anotação, Ministro Marco Aurélio, é que já teria transitado em julgado, que seria uma revisão criminal, portanto o *habeas* é substitutivo da revisão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Temos uma divergência, profunda, no que Vossa Excelência não admite o *habeas corpus* quando a decisão desafia, em tese, a revisão criminal. Admito-a em qualquer situação jurídica na qual esteja em jogo a liberdade de ir e vir e se aponte ato ilegal a cerceá-la.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas é a posição majoritária da Turma que eu sigo, portanto.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE) - Ministro Luís Roberto, transitou em julgado e já extinguiu a punibilidade porque já foi executada a pena, começou a ser executada em 21 de outubro de 2016, oito meses de reclusão. Só como observação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Seja como for, o momento em que me cabe julgar é este e, de toda forma, você retiraria da ficha de antecedentes da reincidência o fato, que pode ter algum proveito para o paciente, de modo que eu não considero prejudicado o *habeas corpus* e, portanto, eu estou concedendo a ordem de ofício para restabelecer a sentença absolutória de primeiro grau.

HC 137217 / MG

28/08/2018

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 137.217 MINAS GERAIS

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, o Supremo Tribunal Federal neste tema, princípio da insignificância, e a partir de, como sempre, belíssimo acórdão do Ministro Celso de Mello, concluiu no sentido de que a aplicação do princípio fica condicionada a quatro vetores, que seriam a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica produzida. Todos esses vetores, a meu juízo, na minha avaliação, fazem-se presentes neste caso, em que houve a subtração – tentativa, porque houve, inclusive, a devolução – de quatro frascos de xampu no valor em torno de R\$ 32,00.

Eu sempre, desde que aqui cheguei, acolhi o princípio da insignificância. Entendo que, quando pode ser acionado, ele implica atipicidade material e, conseqüentemente – mesmo nas hipóteses de reincidência ou de reiteração de uma conduta delitiva, ainda que não configuradora de reincidência –, levaria, pela atipicidade material, ao trancamento da ação penal ou à absolvição. Então, neste caso específico, em que o tema foi debatido no Plenário, como bem lembrou o Ministro Luís Roberto, foram estabelecidas algumas condicionantes.

Aliás, o Ministro Luís Roberto levou esse tema a Plenário justamente em função dos debates aqui na Turma, onde, antes da chegada de Sua Excelência, eu ficava vencida de forma isolada.

Debatemos, lá, a minha posição ficou vencida, mas foram estabelecidas essas condicionantes, que eu costumo respeitar nas minhas decisões monocráticas. Mas aqui, reunida a Turma, no caso concreto, de fato, pedindo todas as vênias ao eminente Relator, acompanho a divergência e concedo a ordem de ofício, porque também não admito, como regra, *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal. Concedo a ordem de ofício para efeito de absolver o impetrante, restabelecendo a sentença de primeiro grau.

HC 137217 / MG

É como voto.

28/08/2018

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 137.217 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégia Turma, ilustre Representante do Ministério Público, Senhores Advogados, Estudantes e Jornalistas presentes.

Senhor Presidente, este é um caso típico de uso promíscuo e epidêmico do *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal. Supremo Tribunal Federal julgando tentativa de furto de quatro frascos de xampu, sendo certo que é um *habeas corpus* substitutivo de uma revisão criminal. Isso é absolutamente incabível em qualquer Corte do mundo, isso faz parte exatamente desse uso imoderado do *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, quando não se obedece nem a competência em razão da matéria de autoridade coatora nem a competência em razão da matéria das pessoas que sofrem coação pelas autoridades indicadas pela Constituição Federal. Esse é o primeiro aspecto.

O segundo aspecto, o ilustre Defensor, como sempre muito dedicado, suscitou uma tese interessante, talvez de crime impossível, tendo em vista que ele estava sendo vigiado. Mas a *ratio legis* é evitar exatamente o comportamento de subtrair, porque ele subtraiu sendo vigiado e sendo certo que essa vigília era feita com conhecimento do estabelecimento, mas sem conhecimento do autor do fato. Então, na verdade, nós estamos realmente diante de um crime tentado, porque não saiu da esfera de vigilância do titular do bem jurídico ofendido.

Agora, veja Vossa Excelência o seguinte: Vossa Excelência foi Promotor de Justiça e eu fui também, depois, fiz concurso para Juiz, sempre esclareço isso para não pensar que tenho algo contra o quinto, eu não tenho nada contra o quinto, mas só para esclarecer que minha experiência veio do Ministério Público e da magistratura. Na magistratura, não fui de comarca do interior, tenho a experiência do Ministério Público e da comarca do interior. Então essa jurisprudência é um péssimo exemplo que um tribunal pode dar a um País do tamanho do

HC 137217 / MG

Brasil: dizer que, pelo princípio da insignificância, a conduta é atípica. Ou seja, não há crime. É claro que há crime! Só que há crime tentado. O valor é insignificante diante do panorama moral que o Brasil alcançou, então ele é mais insignificante ainda. Mas a verdade é que a jurisprudência, no campo penal, ela tem que ser uma jurisprudência exemplar. Então, por exemplo, eu fui Promotor de Trajano de Moraes, onde havia apenas uma farmácia, e essa farmácia certamente deveria levar mais de um mês para vender 4 xampus, então, nesta Comarca, esse valor furtado não seria insignificante. É que eu também não vou defender pela máxima não, só quero uma digressão aqui, só para chegar ao ponto de razoabilidade.

Como é reincidente específico, ficar com essa carta de alforria! Entendo que a proposta do Ministério Público é bastante proporcional e razoável. O Ministério Público, com base no acórdão do Pleno, sugere - porque até não é passível de ser cumprida - uma pena, em regime aberto, de dois meses. Eu acho que é, talvez, uma reprimenda que, de alguma forma, chame a atenção desse infrator de que não é possível mais reincidir.

Então, eu estou, na verdade, concedendo a ordem de ofício para este fim proposto pelo Ministério Público, de reduzir para dois meses em regime aberto. Vossa Excelência disse que isso já foi até cumprido.

28/08/2018

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 137.217 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:

Consoante relatou o Ministro MARCO AURÉLIO:

O Juízo da Segunda Vara Criminal de Execuções Penais da Comarca de São João Del Rei/MG, no processo nº 0086329-92.2013.13.0625, absolveu o paciente da prática do delito versado no artigo 155, cabeça (furto), do Código Penal. Apontou a atipicidade material da conduta, levando em conta o pequeno valor da coisa subtraída – R\$ 31,20 – e a restituição dos bens – 4 frascos de xampu – à vítima.

O Ministério Público interpôs apelação, objetivando a condenação. A Quinta Câmara Criminal, ao prover o recurso, condenou o paciente a 8 meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 6 dias-multa, ante o cometimento da infração prevista no artigo 155 (furto), combinado com o 14, inciso II (tentativa), do Código Penal. Aludiu a antecedentes criminais e à reincidência, considerada condenação anterior, transitada em julgado, por crime patrimonial, tendo-os como suficientes para afastar o princípio da bagatela. Na sequência, deixou de acolher os embargos infringentes formalizados pela defesa.

Protocolado recurso especial, foi inadmitido pelo Terceiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça.

A defesa interpôs agravo – de nº 848.760 – no Superior Tribunal de Justiça, ao qual o Relator negou provimento, por entender estar a decisão atacada em consonância com a jurisprudência do Tribunal. A Quinta Turma desproveu agravo interno, consignando o acerto das premissas lançadas no ato impugnado.

HC 137217 / MG

O pleito defensivo está centrado na alegação de que a reincidência, por si só, não afasta a aplicação do princípio da insignificância.

Em 5/5/2017 Sua Excelência indeferiu o pedido de medida liminar (Doc. 5).

Instado a se manifestar, opina o Ministério Público Federal: *“Reconhecido o furto privilegiado, a pena deve ser reduzida em dois terços, ficando em dois (2) meses e vinte (20) dias, a ser cumprida no regime inicial aberto.”* (Doc. 6).

Feita essa breve retrospectiva, **passo a votar.**

Pois bem. A orientação firmada pelo **Plenário** do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é no sentido de que a aferição da insignificância da conduta como requisito negativo da tipicidade, em crimes contra o patrimônio, envolve um juízo amplo, *“que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados”* (HC 123.533, Relator Min. ROBERTO BARROSO, **Tribunal Pleno**, DJe de 18/2/2016).

Busca-se, desse modo, evitar que ações típicas de pequena significação passem a ser consideradas penalmente lícitas e imunes a qualquer espécie de repressão estatal, perdendo-se de vista as relevantes consequências jurídicas e sociais desse fato decorrentes. Daí a importância da atuação do juiz da causa que, segundo as peculiaridades de cada caso concreto, deverá estabelecer a justa medida na dosagem da pena, tendo em conta, inclusive, heterogeneidades sociais, econômicas e culturais.

Com efeito, 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

HC 137217 / MG

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)”*.

À luz das referidas premissas, em ampla análise à conduta do paciente, não há como afastar o elevado nível de reprovabilidade assentado pelas instâncias antecedentes, notadamente se considerados os registros do Tribunal local, referendados pelo STJ, de que o paciente é **contumaz** na prática delituosa, visto que *“a despeito do pequeno valor dos bens subtraídos – R\$ 31,20 (trinta e um reais e vinte centavos) – o réu possui diversos registros criminais, ostentando, inclusive, uma condenação com trânsito em julgado por delito de natureza patrimonial”* (Doc. 2 – fl. 203). Essa conclusão não destoa do entendimento firmado pelo Plenário e do que têm decidido as Turmas deste Tribunal: HC 118.028, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 17/12/2013 e HC 133.252, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 8/4/2016.

Nesse contexto, não se verifica ilegalidade apta a desconstituir a decisão ora impugnada, ao menos nesse particular.

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

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.

HC 137217 / MG

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, conclui o Catedrático da Faculdade de Direito de Toulouse, “por meio do *direito de segurança*, se pretende garantir a liberdade individual contra o arbítrio da justiça penal, ou seja, contra as jurisdições excepcionais, contra as penas arbitrárias, contra as detenções e prisões preventivas, contra as arbitrariedades do processo criminal” (*Derecho público y constitucional*. 2. ed. Madri: Instituto editorial Réus, 1927. p. 135-136).

Essa necessária compatibilização admite a relativização da *liberdade de ir e vir* em hipóteses excepcionais e razoavelmente previstas nos textos normativos, pois a consagração do Estado de Direito não admite a existência de restrições abusivas ou arbitrárias à *liberdade de locomoção*, como historicamente salientado pelo grande magistrado inglês COKE, em seus comentários à CARTA MAGNA, de 1642, por ordem da Câmara dos Comuns, nos estratos do *Segundo Instituto*, ao afirmar: “*que nenhum homem seja detido ou preso senão pela lei da terra, isto é, pela lei comum, lei estatutária ou costume da Inglaterra*” (capítulo 29). Com a consagração das ideias libertárias francesas do século XVIII, como lembrado pelo ilustre professor MIRKINE GUETZÉVITCH (russo de nascimento e francês por opção), essas limitações se tornaram exclusivamente “*trabalho das Câmaras legislativas*”, para se evitar o abuso da força estatal (*As novas tendências do direito constitucional*. Companhia editora nacional, 1933. p. 77 e ss.).

No particular, não houve a devida compatibilização, uma vez que a imposição do regime inicial semiaberto, com arrimo na reincidência, parece colidir com a proporcionalidade na escolha do regime de cumprimento de pena 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). Sobressai, neste

HC 137217 / MG

exame, a pequena significação da conduta pela qual fora condenado o paciente. Acrescente-se que as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, razão por que a pena-base fora estabelecida no mínimo legal. Em abono a esse entendimento:

ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, **eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade.**

(HC 123.533, Tribunal Pleno, Rel. Min. ROBERTO BARROSO)

Diante desse quadro, é cabível a conversão da reprimenda corporal por restritivas de direito.

Enfim, como nenhum homem ou mulher poderá ser privado de sua *liberdade de ir e vir* sem expressa autorização constitucional e de acordo com os excepcionais e razoáveis requisitos legais, pois o “*direito à liberdade de locomoção resulta da própria natureza humana*”, como ensinou o grande constitucionalista do Império, Pimenta Bueno (*Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958. p. 388); o presente *Habeas Corpus* é meio idôneo para garantir todos os direitos legais previstos ao paciente e relacionados com sua liberdade de locomoção, mesmo que, como salientado pelo Ministro CELSO DE MELLO, “*na simples condição de direito-meio*”, essa liberdade individual esteja sendo afetada “*apenas de modo reflexo, indireto ou oblíquo*” (*Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 459).

Diante do exposto, **CONCEDO A ORDEM de HABEAS CORPUS**, de ofício, para, **no tocante à Ação Penal 0086329- 92.2013.13.0625**, em trâmite

HC 137217 / MG

junto ao Juízo da Segunda Vara Criminal de Execuções Penais da Comarca de São João Del Rei/MG, converter a reprimenda corporal em sanções restritivas de direito, cabendo ao Juízo de origem fixar as condições das penas substitutivas.

É como voto.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 137.217

PROCED. : MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. ALEXANDRE DE MORAES

PACTE.(S) : ALJICIO BARBOSA DE ALMEIDA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Por maioria e nos termos do voto médio do Ministro Alexandre de Moraes, Presidente e Redator para o acórdão, a Turma concedeu a ordem, de ofício, no sentido da substituição da pena por medidas restritivas de direito a serem fixadas pelo Juízo de origem, vencidos o Ministro Marco Aurélio, Relator, que denegava a ordem; os Ministros Luís Roberto Barroso e Rosa Weber, que votaram no sentido da absolvição; e, parcialmente, o Ministro Luiz Fux, que fixava o regime aberto. Falou o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, Defensor Público Federal, pelo Paciente. Primeira Turma, 28.8.2018.

Presidência do Senhor Ministro Alexandre de Moraes. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso.

Compareceu o Senhor Ministro Dias Toffoli para julgar processo a ele vinculado, assumindo a cadeira do Senhor Ministro Alexandre de Moraes.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Luciano Mariz Maia.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma