

## HABEAS CORPUS 219.669 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ANDRÉ MENDONÇA

PACTE.(S) : ----- PACTE.(S) : ----- IMPTE.(S) : FABIANO CLEMENTE DA  
SILVA COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 765.659 DO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### DECISÃO

*HABEAS CORPUS*. DECISÃO INDIVIDUAL DE MINISTRO DO STJ. SUBSTITUTIVO DE AGRAVO REGIMENTAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO ÓRGÃO APONTADO COMO COATOR. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. FURTO. *ULTIMA RATIO*. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE MANIFESTA. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão, proferida no Superior Tribunal de Justiça, mediante a qual o Ministro Relator indeferiu liminarmente o *Habeas Corpus* nº 765.659/SP.

2. Colhe-se dos autos que os pacientes foram presos preventivamente ante a prática do crime previsto no art. 155, § 2º, do Código Penal (furto qualificado).

3. Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça, tendo o Desembargador Relator indeferido a liminar. Contra essa decisão, formalizou-se a impetração no STJ.

4. Neste *habeas corpus*, o impetrante sustenta a adequação da aplicação ao caso do princípio da insignificância, diante do objeto do furto:

quatro sacolas de mercado com mandiocas, com valor aproximado de R\$ 40,00 (quarenta reais), alegando tratar-se de furto famélico.

5. Requer, em sede liminar e no mérito, o trancamento da ação penal, ou, caso assim não se entenda, que os pacientes sejam postos em liberdade até o julgamento final deste *Habeas Corpus*.

É o relatório.

**Decido.**

6. Este *habeas corpus* volta-se contra decisão individual de Ministro do Superior Tribunal de Justiça. **Inexistindo pronunciamento colegiado do STJ, não compete ao Supremo Tribunal Federal examinar a questão de direito versada na impetração** (CRFB, art. 102, inc. I, al. "i"). **O caso é de *habeas corpus* substitutivo de agravo regimental, cabível na origem.** Nesse sentido: HC nº 115.659/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 02/04/2013, p. 25/04/2013; HC nº 197.645-AgR/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 08/04/2021, p. 16/04/2021; e HC nº 199.029AgR/MA, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 19/04/2021, p. 29/04/2021.

7. Ademais, as questões suscitadas neste *habeas corpus* não passaram sequer pelo crivo das instâncias antecedentes. **No ato apontado como coator, o Ministro Relator, sem adentrar a matéria de fundo, limitou-se a afirmar a inviabilidade de superação do entendimento consolidado no verbete nº 691 da Súmula do STF, uma vez que a controvérsia ainda não fora analisada pelo Tribunal de Justiça.** A atuação originária desta Suprema Corte acarretaria dupla supressão de instância e ampliação indevida da competência prevista no art. 102 da CRFB. Assim decidiram o Plenário e ambas as Turmas: HC nº 109.430-AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 10/04/2014, p. 13/08/2014; HC nº 164.535-AgR/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 17/03/2020, p.

20/04/2020; e HC nº 163.568/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. do Acórdão Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 13/08/2019, p. 30/08/2019.

8. Verificada a inadequação da via eleita, eventual **concessão da ordem de ofício é providência excepcional**, a ser implementada somente quando constatada flagrante ilegalidade, abuso de poder ou mesmo teratologia na decisão impugnada.

9. De início, entendo inviável, por ora, reconhecer a incidência do princípio da insignificância ou assentar que a conduta foi praticada em estado de necessidade (furto famélico), tendo em conta a falta de exame das questões suscitadas e por se encontrar a persecução penal em fase embrionária.

10. No entanto, quanto à prisão preventiva, há ilegalidade flagrante apta a justificar a concessão, de ofício, da ordem. Ao indeferir o pedido de revogação da custódia, o Juízo *a quo* assentou :

“Por ora, não existe espaço para aceitação das alegações pois embora o produto do furto se trate de alimento a vítima narrou que a ação criminosa é reiterada, **e que embora no momento da abordagem estivessem com 4 sacolas de mandiocas, no local haviam diversos pés da planta arrancados o que denota que a intenção dos autores não era de saciar a fome, mas sim de obter proveito com o crime.**

O princípio da insignificância também deve ser afastado pelas circunstâncias desfavoráveis dos indiciados. No mais, me remeto a decisão de fls. 133/137, que transcrevo:

(...) O auto de prisão em flagrante encontra-se regular e formalmente em ordem, não vislumbrando qualquer irregularidade, nulidade ou ilegalidade a ser declarada e que justificasse o seu relaxamento. Além disso, foram todas cumpridas as formalidades e respeitados os direitos individuais e as garantias fundamentais previstas na

Constituição Federal. Ademais, há clara situação flagrancial, sendo legítima e legal a prisão dos indiciados. No caso em análise, entendo que os elementos de convicção produzidos até o presente momento demonstram comprovada a materialidade e indícios suficientes de autoria, estes representados pelos depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão, além da vítima. **Dessa forma, pelo que se depreende dos autos, em análise perfunctória, exsurge que os autuados foram surpreendidos praticando crime de furto qualificado.** Não se vê de plano a figura de furto famélico, já que a quantidade de bens furtados afasta, em princípio, a ideia de saciar a própria fome. **O autuado -----, conforme certidão de antecedentes (fls. 112/122), possui péssimos antecedentes e é multirreincidente específico. O autuado -----, conforme certidão de antecedentes (fls. 123/132), possui péssimos antecedentes criminais.** Mais que demonstrado, pois que a ordem pública corre sério risco com a manutenção de -----e -----em liberdade, pela gravidade concreta do delito que se investiga. **A conduta noticiada nos autos é concretamente grave, revelando a periculosidade dos autuados, levando em conta, que apesar de terem cometido o delito em tela sem violência, a audácia de praticar furto na propriedade da vítima em plena luz do dia é patente, visto que praticaram o delito por volta de 16:30 horas, horário em que se tem circulação de pessoas, mostrando a falta de qualquer receio em serem abordados ou surpreendidos; ainda conforme narrou a vítima, os autuados já haviam praticado furtos em outras ocasiões, contudo, não havia acionado a polícia.** Ao que tudo indica, fazem do patrimônio alheio seu meio de vida. **Conforme afirmado pelos próprios indiciados (fl.17 e 68), não possuem ocupação laboral lícita com vínculo de empregado (carteira assinada); São solteiros e não possuem filhos sob seus cuidados; não possuindo, portanto, qualquer vínculo com o distrito da culpa; o que,**

somado aos elementos acima expostos, faz exsurgir o risco concreto de fuga, a vulnerar a aplicação da lei penal. Ressalte-se, ademais, que os réus, se condenados, poderão receber pena privativa de liberdade incompatível com o status libertatis e, por este motivo, poderão furtarem-se à futura aplicação da Lei Penal. De se pontuar o momento vivido pela sociedade mundial, diante da pandemia da doença COVID-19, em que vidas estão se perdendo e todos se encontram atemorizados. A questão relativa à recomendação do CNJ (soltura de presos por crimes não violentos) não é vinculante ao magistrado e não o impede da análise dos requisitos e pressupostos para a prisão. Anoto, ainda, que os autuados praticavam crime grave contra a sociedade em meio a uma pandemia, sendo muito mais grave e reprovável sua conduta, justamente por se aproveitar do distanciamento social, e das medidas para que as pessoas permaneçam em suas casas, para então atentar contra o patrimônio das pessoas, em desprezo aos riscos da atual situação mundial sem precedentes (situação prevista no CP, art. 61, II, “j”). Como se denota, a periculosidade dos autuados é patente, de modo que, justifica-se a decretação da prisão cautelar em face de ----- e ----- para garantia da ordem pública. Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, a prisão preventiva pode ser decretada para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do Poder Judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal e desde que diretamente relacionadas com a adoção tempestiva de medidas adequadas e eficazes associadas à base empírica concreta que tenha ensejado a custódia cautelar (STF. 2ª Turma. HC 89.090GO. DJe: 05/10/2007). Além disso, impossível realizar eventual prognóstico acerca da pena a ser imposta ao autuado ou mesmo de aplicação de benesses, com a suposta

demonstração da desproporcionalidade de sua custódia cautelar. A não decretação da prisão preventiva com supedâneo neste fundamento representaria verdadeira antecipação do julgamento da causa, do que não se pode cogitar. Consoante percuciente ponderação do Exmo. Sr. Desembargador Zorzi Rocha: “não elidem a necessidade da manutenção da custódia cautelar diante de crime bárbaro e de consequências funestas, sabido que, em situações tais, a aplicação de medidas cautelares do artigo 319 do Código de Processo Penal não é suficiente para a necessária manutenção da paz pública; 10. é mais do que cedo que a prisão preventiva não fere a presunção de inocência; 11. seria exame de futurologia falar-se agora em benefícios à Paciente (v.g.: aplicação do redutor especial do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas; fixação de regime aberto para crime hediondo; substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos), o que só será possível no momento da prolação da sentença, além desses institutos terem cabimento questionável nos crimes de tráfico de drogas.” (TJSP; Habeas Corpus Criminal 0001058-14.2018.8.26.0000; Relator (a): Zorzi Rocha; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Sertãozinho - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 01/03/2018; Data de Registro: 02/03/2018). **A conveniência da instrução criminal deve, também, ser preservada, porquanto a liberdade dos autuados poderá ser óbice à tranquilidade daqueles que serão ouvidos em Juízo para trazer a verdade real aos autos do processo criminal, principalmente as vítimas, testemunhas e seus familiares. O perigo gerado pelo estado de liberdade dos imputados (artigo 312, “caput”, do CPP) decorre de todos os elementos acima examinados, quais sejam: a) a ordem pública corre sério risco com a manutenção dos autuados em liberdade; b) risco concreto de intimidação de testemunhas e vítima; c) risco concreto de fuga, uma vez que o autuado não tem vínculo com o distrito da culpa.**

**Assim, não se vislumbra a possibilidade de substituição por outra cautelar diversa da prisão, se afigurando absolutamente insuficientes as medidas cautelares do artigo 319 do CPP, à ----- e -----**

. Por fim, em relação à pandemia de Covid19, os casos registrados da doença (e confirmados), até esta data, no sistema prisional do Estado de São Paulo são proporcionalmente muito inferiores aos da população em liberdade. (...)” (e-doc. 2; grifos nossos).

11. As medidas cautelares de natureza pessoal, gênero de que são espécies a prisão provisória e as medidas alternativas a esta, devem ser aplicadas observando-se, **consoante o disposto no art. 282, inc. I, do CPP, a necessidade** para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

12. Uma vez demonstrados a materialidade do crime, os indícios de autoria (*fumus comissi delicti*) e a indispensabilidade da medida (*periculum libertatis*), o julgador, sob o prisma da **proporcionalidade**, deve avaliar, a partir do caso concreto, a **adequação** da medida (art. 282, inc. II, do CPP), **observando-se, sempre, a excepcionalidade (*ultima ratio*) da cautelar mais gravosa, a prisão (art. 282, § 6º, do CPP)**. Vigora o binômio necessidade-adequação, sendo esta última a definidora da medida a ser implementada.

13. Os critérios de adequabilidade da medida a ser implementada estão dispostos no inc. II do art. 282, a saber: **gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado**.

14. **Na espécie**, apesar do risco à ordem pública, por serem os pacientes reincidentes, **a prisão preventiva — frise-se, excepcional —**

**revela-se desproporcional**, pois em jogo crime sem violência, cujos contornos não denotam gravidade concreta — subtração de alimento de baixo valor, mandiocas retiradas de plantação alheia e acondicionadas em 4 sacolas, que foram restituídas à vítima após prisão em flagrante dos pacientes.

15. No tocante ao apontado risco à aplicação da lei penal e à conveniência da instrução processual, o magistrado de origem lançou meras presunções e conjecturas, as quais não se prestam a justificar a prisão preventiva.

16. Assim, presente a necessidade de se evitar que os pacientes voltem a delinquir, **mostram-se adequadas e suficientes o caso as medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal**. A esse respeito, cito os seguintes precedentes:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO FORMALIZADA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE INDEFERIMENTO DE LIMINAR EM HABEAS CORPUS ENDEREÇADO A TRIBUNAL SUPERIOR. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF. SUPERAÇÃO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. PRISÃO EM FLAGRANTE PELO FURTO QUALIFICADO DE 7 GARRAFAS DE REFRIGERANTE AVALIADAS EM R\$ 58,00. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DESPROPORCIONALIDADE. PRISÃO PREVENTIVA COMO ULTIMA RATIO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. MANUTENÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da superação da Súmula 691/STF nas hipóteses em que se evidencie a existência de flagrante ilegalidade ou abuso de poder na decisão hostilizada, o que ocorre na hipótese. 2. **O recorrente é processado pelo furto qualificado de 7 garrafas de**



refrigerante, avaliadas em R\$ 58,00, restituídas à vítima, logo após a prática delitiva, sem mácula, o que revela, de forma inexorável, a reduzida lesão ao bem jurídico tutelado, o que sinaliza o não preenchimento requisitos de cautelaridade previstos no art. 312 do CPP e também a impossibilidade da fixação de regime prisional mais severo, caso reste o paciente condenado ao cabo da instrução processual. Precedentes. 3. Ao tempo em que a análise da incidência do princípio da insignificância submete-se ao exame prévio das instâncias ordinárias, haja vista a fase embrionária em que o feito se encontra e as peculiaridades do caso concreto (reincidência e qualificadoras aplicáveis ao furto), **a manutenção de prisão preventiva pelo furto de refrigerantes avaliados em R\$ 58,00 é ilegalidade flagrante, sanável ictu oculi.** 4. Agravo regimental desprovido.”

(HC nº 187.866-AgR-AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 08/04/2021, p. 19/04/2021; grifos nossos).

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. QUANTIDADE DA DROGA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, a preventiva poderá ser decretada quando houver prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria, mais a demonstração de um elemento variável: (a) garantia da ordem pública; ou (b) garantia da ordem econômica; ou (c) por conveniência da instrução criminal; ou (d) para assegurar a aplicação da lei penal. Para quaisquer dessas hipóteses, é imperiosa a demonstração concreta e objetiva de que tais pressupostos incidem na espécie, assim como deve ser insuficiente o cabimento de outras medidas cautelares, nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, pelo qual a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a

sua substituição por outra medida cautelar (art. 319 do CPP). 2. Hipótese em que o juízo de origem lastreou sua decisão tão somente na gravidade em abstrato do delito, circunstância categoricamente rechaçada pela jurisprudência da Suprema Corte. 3. **A pequena quantidade da droga apreendida torna desproporcional a decretação da prisão preventiva. Precedentes.** 4. Motivação que extrapola o conteúdo do decreto prisional não se presta a suprir a carência de fundamentação nele detectada. 5. Habeas corpus concedido.”

(HC nº 135.250/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 13/09/2016, p. 29/09/2016; grifos nossos).

“HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CONTUMÁCIA DELITIVA E CIRCUNSTÂNCIAS DA CAUSA. PRISÃO PREVENTIVA. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA ADEQUADA E PROPORCIONAL. ORDEM CONCEDIDA 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 há como afastar o nível de reprovabilidade da conduta imputada, ainda mais considerando os registros da instância ordinária dando conta de que “o paciente foi flagrado praticando o delito na residência de uma pessoa idosa (91 anos), com deficiência visual e auditiva”, assim como “há uma execução de pena em seu desfavor”. Em consequência, tampouco cabe falar em manifesta atipicidade a justificar a extinção prematura da ação penal. 5. **Quanto à prisão preventiva, há quadro de constrangimento ilegal a ser corrigido de ofício. A natureza do crime imputado, praticado sem violência ou grave ameaça, está a indicar que a manutenção do decreto prisional não se mostra medida adequada e proporcional, sendo possível sua substituição por medidas cautelares diversas, que se revelam, na espécie, suficientes para garantir a ordem pública, a aplicação da lei penal e a regular instrução criminal.** 6. Agravo Regimental provido, para indeferir a ordem de Habeas Corpus. **Entretanto, ordem concedida de ofício, para revogar a prisão preventiva, com a ressalva de que o Juízo competente fica autorizado a impor medidas cautelares diversas (art. 319 do CPP).”**

(HC nº 205.796-AgR/RO, Rel. Min. Rosa Weber, Red. do Acórdão Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. 08/02/2022, p. 08/04/2022; grifos nossos).

“AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. FURTO. PRISÃO PREVENTIVA. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA ADEQUADA E PROPORCIONAL. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS (CPP, ART. 319). ORDEM CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.”

(HC nº 213.462-AgR/RO, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. 02/05/2022, p. 05/05/2022).

17. Ante o exposto, **nego seguimento ao *habeas corpus***, contudo, com fundamento no art. 192 do RISTF, **concedo ordem, de ofício, para determinar a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas, a serem definidas pelo Juízo da Comarca de Bastos/SP (processo nº 1500365-98.2022.8.26.0069 )**.

18. **Comuniquem, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.**

**Publique-se.**

Brasília, 11 de setembro de 2022.

Ministro **ANDRÉ MENDONÇA**

Relator