



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 225.991 - SP (2011/0281141-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CAMILA PARONETTI SILVA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO HENRIQUE DE SOUZA (PRESO)
PACIENTE : CESAR RODRIGUES CACHOEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES TENTADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. WRIT CONCEDIDO, DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso em ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.

2. A despeito da subsunção formal de um tipo penal a uma conduta humana, é possível concluir-se pela atipicidade material da conduta, por diversos motivos, entre os quais a ausência de ofensividade penal do comportamento verificado.

3. Não mais se sustenta, no processo penal atual, a ideologia mecanicista de aplicação da lei, motivo pelo qual se exige a singularização do caso julgado, de modo a construir-se artesanalmente a decisão, externando, mercê da suficiente motivação do ato, as razões que levaram o órgão competente a, apreciadas as questões fáticas, com suas particularidades, escolher, entre as possíveis interpretações jurídicas, a que melhor o conduziu à justa aplicação do direito ao caso concreto.

4. Levando em conta as exigências de uma leitura diferenciada do conflito de natureza penal – dadas as peculiaridades que distinguem a jurisdição penal da civil –, não há de se fechar o juiz criminal aos mandados de otimização que derivam de princípios que interferem na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividade punitiva do Estado, máxime aqueles que subjazem à idéia da necessidade, como base justificadora e legitimadora da sanção penal.

5. 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.

6. A simples existência de maus antecedentes penais, sem a devida e criteriosa verificação da natureza desses atos pretéritos, não pode, só por si, servir de barreira automática para a invocação do princípio bagatelar.

7. O caso concreto diz respeito à subtração, em concurso de agentes, de *res furtiva* (8 frascos de desodorante *spray* e 4 frascos de desodorante rollon de propriedade de estabelecimento comercial) cujo valor foi avaliado em R\$ 43,30.

8. É certo que o furto qualificado pelo **concurso de agentes**, segundo entendimento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, **não** inviabiliza, só por si, o reconhecimento do princípio da insignificância, **sobretudo quando não é alterada a percepção acerca da gravidade da ação delituosa**. Precedente do STJ: HC 250.273/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, 6T., DJe 13.09.2013.

9. No caso dos autos, o acórdão impugnado informou, ao analisar a dosimetria da pena, que **o paciente Paulo tem maus antecedentes (por furto e roubo)**, motivo pelo qual **não há como reconhecer a atipicidade material** dessa conduta, sobretudo em função da compreensão desta Sexta Turma acerca da aplicação do princípio da insignificância.

10. Forçoso concluir, por conseguinte, que não se constata periculosidade social, ofensividade ou expressividade da lesão jurídica provocada, a merecer a intervenção do Direito Penal, somente na conduta do paciente César.

11. *Habeas corpus* não conhecido. *Writ* concedido, de ofício, a fim de, aplicando o princípio da insignificância, absolver, nos termos do art. 386, III, do CPP, tão-somente o paciente César Rodrigues Cachoeira, nos autos do processo n. 152/10, em trâmite na Terceira Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer o habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício exclusivamente em favor do paciente Cesar Rodrigues Cachoeira, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, que concediam a ordem em maior extensão. Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 26 de novembro de 2013

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 225.991 - SP (2011/0281141-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CAMILA PARONETTI SILVA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO HENRIQUE DE SOUZA (PRESO)
PACIENTE : CESAR RODRIGUES CACHOEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

PAULO HENRIQUE DE SOUZA e CESAR RODRIGUES CACHOEIRA, pacientes neste *habeas corpus*, estariam sofrendo constrangimento ilegal em decorrência de acórdão proferido pela 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação n. 990.10.423346-1.

Os pacientes foram denunciados porque, *"no dia 27 de janeiro de 2010, por volta das 17 horas, na Avenida Senador Vergueiro, n. 2000, Jardim Três Marias, agindo em concurso, previamente ajustados e com unidade de desígnios tentaram subtrair oito frascos de desodorante spray e quatro frascos de desodorante rollon de propriedade do estabelecimento comercial Carrefour, sendo que o delito somente não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos agentes. A materialidade do delito ficou comprovada pelos autos de exibição e apreensão de fls. 45 e de avaliação de fls. 46."*

Após regular instrução processual, sobreveio sentença que condenou os réus Paulo Henrique de Souza e Cesar Rodrigues Cachoeira como incurso no artigo 155, § 4º, inciso IV, combinado com artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, respectivamente, às penas de 1 ano, 7 meses e 6 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 4 meses de reclusão, em regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Irresignada, a Defensoria interpôs a Apelação n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

990.10.423346-1, objetivando a absolvição dos pacientes, aduzindo ausência de provas para sustentar o decreto condenatório, bem como a atipicidade em suas condutas, em virtude do princípio da insignificância ou em razão da ocorrência do crime impossível. Subsidiariamente, buscou a redução da pena imposta.

A Corte de origem negou provimento ao recurso nos seguintes termos:

Tentativa de furto qualificado. Absolvição. Impossibilidade. Regime inicial semiaberto para réu reincidente e com maus antecedentes. Impossibilidade. Súmula 269 do STJ. (fl. 33)

Neste writ, a impetrante pugna que seja reconhecida a atipicidade da conduta praticada pelos pacientes, uma vez que "os objetos furtados eram de pouco valor econômico" (fl. 02).

O MPF opinou, às fls. 169/178, pela denegação da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 225.991 - SP (2011/0281141-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES TENTADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. WRIT CONCEDIDO, DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso em ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica.

2. A despeito da subsunção formal de um tipo penal a uma conduta humana, é possível concluir-se pela atipicidade material da conduta, por diversos motivos, entre os quais a ausência de ofensividade penal do comportamento verificado.

3. Não mais se sustenta, no processo penal atual, a ideologia mecanicista de aplicação da lei, motivo pelo qual se exige a singularização do caso julgado, de modo a construir-se artesanalmente a decisão, externando, mercê da suficiente motivação do ato, as razões que levaram o órgão competente a, apreciadas as questões fáticas, com suas particularidades, escolher, entre as possíveis interpretações jurídicas, a que melhor o conduziu à justa aplicação do direito ao caso concreto.

4. Levando em conta as exigências de uma leitura diferenciada do conflito de natureza penal – dadas as peculiaridades que distinguem a jurisdição penal da civil –, não há de se fechar o juiz criminal aos mandados de otimização que derivam de princípios que interferem na atividade punitiva do Estado, máxime aqueles que subjazem à idéia da necessidade, como base justificadora e legitimadora da sanção penal.

5. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

integrante de uma série de outras de igual natureza, as quais evidenciam o comportamento humano avesso à norma incriminadora.

6. A simples existência de maus antecedentes penais, sem a devida e criteriosa verificação da natureza desses atos pretéritos, não pode, só por si, servir de barreira automática para a invocação do princípio bagatelar.

7. O caso concreto diz respeito à subtração, em concurso de agentes, de *res furtiva* (8 frascos de desodorante *spray* e 4 frascos de desodorante rollon de propriedade de estabelecimento comercial) cujo valor foi avaliado em R\$ 43,30.

8. É certo que o furto qualificado pelo **concurso de agentes**, segundo entendimento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, **não** inviabiliza, só por si, o reconhecimento do princípio da insignificância, **sobretudo quando não é alterada a percepção acerca da gravidade da ação delituosa**. Precedente do STJ: HC 250.273/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, 6T., DJe 13.09.2013.

9. No caso dos autos, o acórdão impugnado informou, ao analisar a dosimetria da pena, que **o paciente Paulo tem maus antecedentes (por furto e roubo)**, motivo pelo qual **não há como reconhecer a atipicidade material** dessa conduta, sobretudo em função da compreensão desta Sexta Turma acerca da aplicação do princípio da insignificância.

10. Forçoso concluir, por conseguinte, que não se constata periculosidade social, ofensividade ou expressividade da lesão jurídica provocada, a merecer a intervenção do Direito Penal, somente na conduta do paciente César.

11. *Habeas corpus* não conhecido. *Writ* concedido, de ofício, a fim de, aplicando o princípio da insignificância, absolver, nos termos do art. 386, III, do CPP, tão-somente o paciente César Rodrigues Cachoeira, nos autos do processo n. 152/10, em trâmite na Terceira Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ(RELATOR):

I.

O Superior Tribunal de Justiça, alinhado à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, quando manejado em substituição ao recurso próprio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(apelação, agravo em execução, recurso especial) ou à revisão criminal. Não obstante essa mudança de paradigma, ambas as Cortes têm admitido o exame do mérito da impetração, de ofício, nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica do ato impugnado.

Sob tais premissas, **constato a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal** passível de engendrar a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

II.

Posta a questão, *ab initio* registro **minha posição favorável à possibilidade de, a despeito da subsunção formal de um tipo penal a uma conduta humana, concluir-se pela atipicidade material da conduta**, por diversos motivos, entre os quais **a ausência de ofensividade penal** do comportamento verificado.

Em verdade, a doutrina tradicional, como observa JOSÉ ANTÔNIO PAGANELLA BOSCHI, propõe o emprego dos critérios do *desvalor da ação* (adoção de meios usuais e não especialmente censuráveis pelo autor), do *desvalor do resultado* (que se afere pela lesão propriamente dita) e da *intensidade da culpabilidade*, para determinar a insignificância, aos quais se soma ainda o critério da "proporcionalidade entre a pena e o delito, indicando que a sua ausência retira a razão de ser da própria punibilidade" (*Ação penal*. Denúncia, queixa e aditamento. Porto Alegre: Aide, 1993, p. 70).

Eis um tema que desperta grande dificuldade ao operador do Direito, quer para aceitar a incidência de tal princípio orientador da aplicação da lei penal, quer para lhe definir os contornos precisos.

Mas, como alerta LUIGI FERRAJOLI, a interpretação da lei "é sempre fruto de uma escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas". Não sendo o juiz uma máquina perfeita de aplicar leis, a tarefa de dizer o direito se distingue em espaços de poder, dentre os quais o poder de *conotação* ou de compreensão equitativa dos fatos. Assim, "além de comprovar os fatos abstratamente indicados na lei como pressupostos da pena, o juiz deve discernir as conotações que convertem cada fato em diverso dos demais, por mais que estes pertençam ao mesmo gênero jurídico".

No plano axiológico, diz ainda, a necessária limitação do poder punitivo do Estado não se incompatibiliza com a presença de "momentos valorativos, quando estes, em vez de se dirigirem a punir o réu para além dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delitos cometidos, servem para excluir sua responsabilidade ou para atenuar as penas segundo as específicas e particulares circunstâncias nas quais os fatos comprovados se tenham verificado. Daí segue que não só é estranha, mas também incompatível com a epistemologia garantista, a ideologia mecanicista da aplicação da lei, expressada na célebre frase de Montesquieu: "Os juízes da nação não são, como temos dito, mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor das leis" (LUIGI FERRAJOLI. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33/34).

Eis a razão para, máxime na jurisdição criminal, exigir-se a **singularização do caso julgado**, de modo a **construir-se artesanalmente a decisão**, externando, mercê da **suficiente motivação do ato**, as razões que levaram o órgão competente a, **apreciadas as questões fáticas, com suas particularidades**, escolher, entre as possíveis interpretações jurídicas, a que melhor o conduziu à **justa aplicação do direito ao caso concreto**.

Ainda levando em conta as exigências de uma leitura diferenciada do conflito de natureza penal – dadas as peculiaridades que distinguem a jurisdição penal da civil – não há de se fechar o juiz criminal aos mandados de otimização que derivam de princípios que interferem na atividade punitiva do Estado.

Entre esses princípios destacam-se, naquilo que ora interessa decidir, os princípios que subjazem à idéia da **necessidade**, como base justificadora e legitimadora da sanção penal.

Se o Direito Penal é um mal necessário, – não apenas instrumento de prevenção dos delitos, mas também técnica de minimização da violência e do arbítrio na resposta ao delito (LUIGI FERRAJOLI. *Direito e Razão*, op. cit., p. 439) – sua intervenção somente se legitima "nos casos em que seja imprescindível para cumprir os fins de proteção social através da prevenção de fatos lesivos" (JESUS MARIA SILVA SANCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p.247, tradução livre).

O enunciado do *princípio da necessidade da pena*, como advertido por JUAREZ TAVARES, geralmente se articula com outros princípios, entre os quais o da *fragmentariedade* – "o Direito Penal só pode intervir quando se trate de tutelar bens fundamentais e contra ofensas intoleráveis" – e o da *subsidiariedade* – "a norma penal exerce uma função meramente suplementar da proteção jurídica em geral, só valendo a imposição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de suas sanções quando os demais ramos do Direito não mais se mostrem eficazes na defesa dos bens jurídicos" (*Crítérios de seleção de crimes e cominação de penas*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, número de lançamento, RT, p. 75/87).

E, na escolha dos **bens jurídicos a tutelar**, é preciso que se tenha presente – prossegue, na obra citada, JUAREZ TAVARES – que a intervenção penal do Estado se dá, sob a ótica puramente formal, a partir da tipificação de condutas. Porém, **sob o enfoque material**, exige-se que tal intervenção leve em consideração que as condutas proibidas são produto de seres humanos, enquanto inseridos em condicionamentos sociais, o que legitima a norma apenas se tiver ela como escopo impedir uma **lesão concreta de um bem jurídico**.

Bem a propósito, JUAREZ CIRINO DOS SANTOS reporta-se ao *princípio da lesividade* como "a expressão positiva do princípio da insignificância em Direito Penal: lesões insignificantes de bens jurídicos protegidos, como a integridade ou saúde corporal, a honra, a liberdade, a propriedade, a sexualidade etc, não constituem crime" (*Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris ICPC, 2006, p. 26).

Em suma,

Todo trabalho legislativo deve partir da idéia de que o Direito Penal não é o único nem, muito menos, o melhor instrumento de combate à criminalidade. Por isso, deve ser empregado como ultima ratio. A sanção penal há de ser reservada, exclusivamente, para os casos mais graves e, mesmo assim, somente depois que os demais instrumentos de controle social se mostrarem insuficientes. O custo social da pena recomenda a parcimônia. Este modo de ver o Direito Penal não é novo, pois já estava contido no art. 8 ° da Declaração francesa dos Direitos Humanos, de 26.8.1789 - " A lei não deve estabelecer mais penas do que as estrita e manifestamente necessárias" - que acolhia uma das principais reivindicações de Beccaria. Na moderna Política Criminal corresponde aos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade do Direito Penal (JOÃO MARCELO DE ARAÚJO JÚNIOR. Dos crimes contra a ordem econômica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 50)

Toda essa doutrina, reprimada do Direito Romano (onde se aplicava o brocardo *minimus non curat praetor*) por Claus Roxin, na década de 60 do Século passado, consoante referido por ex-membro desta Corte Superior, o Ministro e Professor Francisco de ASSIS TOLEDO, quando, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecida obra, pontuou que "*... segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas*" (*Princípios Básicos de Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 1982, p. 187).

E, nessa toada, o festejado penalista salientou que a conduta, para ser crime, precisa ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito, "mas não se pode falar ainda em tipicidade, sem que a conduta seja, a um só tempo, **materialmente lesiva a bens jurídicos**, ou ética e socialmente reprovável" (*op. cit.*, p. 185, grifamos).

Provavelmente essa percepção conduziu o legislador castrense a prever, em dois dispositivos do Código Penal Militar, regra de exclusão do caráter penal da conduta formalmente violadora do tipo penal, ao estabelecer que "No caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração somente **como disciplinar**" (art. 209, § 6º, do CPM), bem assim que "Se o agente 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 **considerar a infração como disciplinar**" (art. 240, § 1.º, do COM) – grifei.

III.

Admitida, portanto, a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância como critério para a verificação judicial da relevância penal conduta humana sob julgamento, vale assinalar como o tema tem sido tratado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Na Corte Suprema, a insignificância da conduta (e/ou do resultado) vem sendo há tempos reconhecida como fator impeditivo para a não configuração de figuras criminosas, como se extrai de um dos primeiros casos julgados após a Constituição de 1988, em que se assentou (RHC 66869/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ 28/4/1989, p. 6295), que "se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito e de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos - e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois - há de impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as varas criminais, geralmente tão oneradas".

Atualmente, dois pensamentos oriundos do STF têm ensejado reverberação doutrinário-jurisprudencial. O primeiro deles, muito recorrente em decisões e arestos de outros tribunais, é da lavra do Ministro Celso de Mello, e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vem condensado na seguinte ementa:

EMENTA: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL – TENTATIVA DE FURTO PRIVILEGIADO (CP, ART. 155, § 2º, C/C O ART. 14, II) – “RES FURTIVAE” NO VALOR (ÍNFIMO) DE R\$ 30,00 (EQUIVALENTE A 4,42% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) – DOCTRINA – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO. 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. 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 esta na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Precedentes. 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. HC 115246 / MG - MINAS GERAIS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 28/05/2013, Segunda Turma, DJe-122, 26-06-2013 - grifamos

Em similar análise, assim é posta a questão no seguinte excerto do voto do Ministro Carlos Ayres Britto, ex-integrante daquela Corte:

[...] 7. É possível listar diretrizes de aplicação do princípio da insignificância, a saber: **a) da perspectiva do agente**, a conduta, além de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*revelar uma extrema carência material, ocorre numa concreta ambiência de vulnerabilidade social do suposto autor do fato; b) **do ângulo da vítima**, o exame da relevância ou irrelevância penal deve atentar para o seu peculiarmente reduzido sentimento de perda por efeito da conduta do agente, a ponto de não experimentar revoltante sensação de impunidade ante a não-incidência da norma penal que, a princípio, lhe favorecia; c) **quanto aos meios e modos de realização da conduta**, não se pode reconhecer como irrelevante a ação que se manifesta mediante o emprego de violência ou ameaça à integridade física, ou moral, tanto da vítima quanto de terceiros. Reversamente, sinaliza infração de bagatela ou penalmente insignificante aquela que, além de não se fazer acompanhar do 'modus procedendi' que estamos a denunciar como intolerável, revela um atabalhoamento ou amadorismo tal na sua execução que antecipa a sua própria frustração; isto é, já antecipa a sua marcante propensão para a forma não mais que tentada de infração penal, porque, no fundo, ditadas por um impulso tão episódico quanto revelador de extrema carência econômica; d) **desnecessidade do poder punitivo do Estado**, traduzida nas situações em que a imposição de uma pena se autoevidencie como tão despropositada que até mesmo a pena mínima de privação liberdade, ou sua conversão em restritiva de direitos, já significa um desbordamento de qualquer idéia de proporcionalidade; e) finalmente, **o objeto material dos delitos patrimoniais há de exibir algum conteúdo econômico**, seja para efetivamente desfalcar ou reduzir o patrimônio da vítima, seja para ampliar o acervo de bens do agente. (HC 109.134/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, j.13/09/2011, Segunda Turma, DJe-043, 01-03-2012) Destaquei.*

No Superior Tribunal de Justiça outro não tem sido o direcionamento dado aos seus julgados, ainda que sob reservas de um ou outro dos integrantes das duas turmas que compõem a Terceira Seção.

De fato, na Sexta Turma, tem-se decidido que não se caracteriza a insignificância da conduta nos casos de furto:

a) de gêneros alimentícios, produtos de limpeza, uma caixa de fósforo e um par de tênis, em residência, mediante rompimento de obstáculo, danificando a porta dos fundos do domicílio da vítima. (HC 183.889/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013; AgRg no REsp 1392545/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 12/09/2013); **b) de 51 metros de cabos de energia elétrica de diversas casas, danificando-os na retirada.** (HC 184.556/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 22/08/2013); **c) de objetos do interior de um estabelecimento comercial que, apesar de avaliados em apenas R\$ 35, 00 (trinta e cinco reais), foram subtraídos mediante arrombamento, em plena madrugada,** (HC 192.530/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 14/05/2013); de objetos guardados **no interior de um automóvel,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

danificando o veículo ao procurar retirar os itens, sendo o **paciente multireincidente específico** e praticando o fato durante o **repouso noturno e em coautoria** (HC 258.743/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 08/03/2013); **d) em coautoria, do caixa de estabelecimento comercial**, pulando para dentro do balcão e aproveitando-se da distração do responsável, sendo pego, logo depois, com maconha, cujo crime de posse só não foi firmado em face da extinção da punibilidade. [...] (HC 180.726/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 20/02/2013); **e) de bolsa contendo documentos pessoais e cartões bancários, estando o autor do delito em cumprimento de pena pelo cometimento de outro crime contra o patrimônio**. (HC 240.460/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012); **f) de uma bicicleta, em concurso de agentes, e atribuição de falsa identidade ao ser preso** (HC 213.827/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 07/06/2013); **g) de uma colher de pedreiro, avaliada em R\$4,00, mediante escalada de muro** que protegia a residência (HC 253.360/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 01/08/2013, RESSALVA DA MIN MARIA THEREZA); **h) de 03 peças de vestuário, avaliadas em R\$ 129,88, em coautoria com um adolescente** (HC 196.862/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 18/12/2012);

Na Quinta Turma é ainda mais pacificada a jurisprudência que repudia a insignificância da conduta em casos de furto:

a) cometido reiteradamente, denotando profissionalismo delitivo, praticado em doses módicas (AgRg no HC 241.351/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 11/09/2012); **b) de bens avaliados em R\$ 27,00, mediante arrombamento da porta** metálica que fechava o estabelecimento comercial, em coautoria com adolescente (HC 173.543/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 27/09/2011); **c) de dois sabonetes avaliados em R\$ 48,00, sendo o autor reincidente**. (HC 221.927/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 25/09/2013); **d) de ferramentas avaliadas em R\$ 100,00, do interior de uma residência** (AgRg no REsp 1331563/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 19/09/2013); **e) por infrator habitual** (AgRg no REsp 1388342/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 10/09/2013).

IV.

Parece claro, portanto, que, para a delimitação do âmbito de aplicação da insignificância, o juiz deverá ponderar o conjunto de circunstâncias que rodeiam a ação, a fim de estabelecer se o delito, "embora se encontre formalmente descrito em um tipo penal, não afeta de maneira relevante o bem jurídico que o tipo protege" (ABEL CORNEJO. *Teoría de la insignificância*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 72, tradução livre).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E, para empreender-se essa tarefa, alguns fatores, como os elencados nos julgados acima referidos, hão de ser considerados. É dizer, saber se um comportamento formalmente típico deve receber ou não punição, quer pela sua tipicidade material, quer por sua relevante reprovabilidade, importa em avaliar:

- I. o valor do bem ou dos bens furtados;
- II. a situação econômica da vítima;
- III. as circunstâncias em que o crime foi perpetrado, é dizer, se foi de dia ou durante o repouso noturno, se teve o concurso de terceira pessoa, sobretudo adolescente, se rompeu obstáculo de considerável valor para a subtração da coisa, se abusou da confiança da vítima etc;
- IV. a personalidade e as condições pessoais do agente, notadamente se demonstra fazer da subtração de coisas alheias um meio ou estilo de vida, com sucessivas ocorrências (reincidente ou não).

Em verdade, a desconsideração de uma conduta humana que viola o tipo penal, ao menos formalmente, implica uma operação mental por parte do juiz, como intérprete da vontade da lei (*mens legis*), premido por critérios que bem sugerem a política criminal estatal a ser adotada na definição dos bens jurídicos que serão penalmente protegidos e em que medida.

Não se justifica, portanto, aplicar *tout court* a dogmática penal e desconsiderar que o **princípio da insignificância nada mais é do que uma manifestação, no plano jurisdicional, da política criminal do Estado**, permeável aos valores cultivados pela sociedade, em seu tempo e espaço.

Sopesar, portanto, os dados empíricos do processo – sejam quais forem – implica o reconhecimento de que, na concretização do poder punitivo estatal, há algo além da mera tipicidade formal do comportamento. Implica reconhecer que, conservador ou liberal, o julgador densifica uma dada política criminal, que há de dialogar, necessariamente, com a dogmática penal.

Os conceitos jurídico-penais, como lecionam Roxin e Schünemann, hão de ser "capazes de desempenhar um papel acertado no sistema, alcançando consequências justas e adequadas", visto que, ante a missão constitucional do Direito Penal, que é a de "proteger bens jurídicos através da prevenção geral ou especial", a construção do sistema punitivo não deve vincular-se a dados meramente ontológicos, e sim orientar-se pelos fins



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Direito Penal. (LUIS GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120-163, out./dez. 2000).

Não desconheço existir forte e qualificada **resistência** doutrinária e por considerável segmento da jurisprudência dos tribunais superiores, como visto acima, **em admitir que a reiteração delitiva do agente**, máxime em crimes de natureza patrimonial, **possa ser sopesada** no momento em que, no exame do caso concreto, o magistrado deve decidir se a conduta é materialmente típica, ou, em linguagem e significância mais amplas, se o ato perpetrado reclama punição penal.

Decerto que a simples existência de maus antecedentes penais, sem a devida e criteriosa verificação da natureza desses atos pretéritos, não pode servir de barreira automática para a invocação do princípio bagatelar. Com efeito, qual o relevo, para o reconhecimento da natureza insignificante de um furto, de constatar-se que o agente, anteriormente, fora condenado por desacato à autoridade, por lesões corporais culposas, por crime contra a honra e por outros ilícitos que não apresentam qualquer conexão comportamental com o crime patrimonial sob exame?

Outra, creio, haverá de ser a conclusão se constata o aplicador da lei que o agente, nos últimos anos, vem-se ocupando de cometer pequenos furtos, seja por compulsão, seja por mera decorrência de um hábito contrário ao direito, seja, ainda, por fazer da subtração de bens alheios um meio de sustento.

Se do ponto de vista da mera dogmática penal esses fatos não poderiam ser considerados como óbice ao reconhecimento da insignificância penal – por aparentemente sinalizar a prevalência do direito penal do autor e não do fato – **não me parece deva o juiz, na avaliação da conduta formalmente correspondente a um tipo penal, ignorar o contexto que singulariza a conduta como integrante de uma série de outras de igual natureza**, as quais, se não servem para caracterizar a continuidade delitiva, bem evidenciam o comportamento humano avesso à norma penal e ao convívio respeitoso e harmônico que se espera de todo componente de uma comunhão social.

Daí a farta jurisprudência desta Corte, notadamente de sua Quinta Turma, rechaçando a incidência do princípio da insignificância em casos tais, ao argumento de que: "[o princípio da insignificância] não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas sim para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impedir que desvios ínfimos e isolados sejam sancionados pelo direito penal" (Min. Marco Aurélio Bellizze, AgRg no Aresp 388938/DF, DJe 23/10/2013); "a lei seria inócua se fosse tolerada a reiteração do mesmo delito, seguidas vezes, em frações que, isoladamente, não superassem certo valor tido por insignificante, mas o excedesse na soma, sob pena de verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, mormente para aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida" (Min. Laurita Vaz, RHC 37453/MG, DJe 27/09/2013); "O comportamento versado nos autos se amolda tanto à tipicidade formal e subjetiva, quanto à tipicidade material, que consiste na relevância jurídico-penal da ação, visto que restou destacado que o furto em questão não representa fato isolado na vida do paciente, impondo-se, portanto, a incidência da norma penal de modo a coibir a reiteração criminosa" (Min. Jorge Mussi, HC 267447, DJe 06/08/2013); "o princípio da insignificância não foi concebido para resguardar ou legitimar constantes condutas desvirtuadas, sob pena de se criar um verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal ou de se estimular a prática reiterada de furtos de pequeno valor, mormente por aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida" (Min. Sebastião Reis Júnior, AgRg no REsp 1376502/MG, DJe 23/08/2013).

Assim, conquanto respeite os argumentos dogmáticos que não coonestam essa jurisprudência, **alio-me aos que, por razões derivadas predominantemente de política criminal, não admitem a incidência do princípio bagatelar em casos nos quais o agente é contumaz autor de crimes contra o patrimônio, ressalvadas**, vale registrar, as hipóteses em que a inexpressividade da conduta ou do resultado é tão grande que, a despeito da existência de maus antecedentes, não se justifica a utilização do aparato repressivo do Estado para punir o comportamento formalmente tipificado como crime.

V.

No caso vertente, verifico que as circunstâncias do caso concreto dizem respeito à subtração, em concurso de agentes, de *res furtiva* (8 frascos de desodorante *spray* e 4 frascos de desodorante rollon de propriedade de estabelecimento comercial) cujo valor foi avaliado em R\$ 43,30.

É certo que o furto qualificado pelo **concurso de agentes**, segundo entendimento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, **não** inviabiliza, só por si, o reconhecimento do princípio da insignificância, **sobretudo quando não é alterada a percepção acerca da gravidade da ação delituosa**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Confira-se: "[...] *não há como deixar de reconhecer a mínima ofensividade do comportamento do paciente que, em comunhão de esforços com terceiro, tentou subtrair balas, refrigerantes, chocolates e outros bens avaliados em R\$ 44,55 (quarenta e quatro reais e cinquenta e cinco centavos), sendo de rigor o reconhecimento da atipicidade da conduta. Nos termos da compreensão firmada pela Sexta Turma desta Corte de Justiça, o concurso de agentes não impede o reconhecimento da aplicação do princípio da insignificância, mormente quando não agrega maior reprovabilidade à conduta, como na hipótese em apreço*" (HC 250.273/DF, Rel. Ministro **Og Fernandes**, 6T., DJe 13.09.2013).

Todavia, no caso dos autos, o acórdão impugnado informou, ao analisar a dosimetria da pena, que **o paciente Paulo tem maus antecedentes (por furto e roubo)**, motivo pelo qual **não vejo como reconhecer a atipicidade material** dessa conduta, sobretudo em função da compreensão desta Sexta Turma acerca da aplicação do princípio da insignificância.

Forçoso concluir, por conseguinte, que não se constata periculosidade social, ofensividade ou expressividade da lesão jurídica provocada, a merecer a intervenção do Direito Penal, somente na conduta do paciente César.

À vista dos exposto, não conheço do *habeas corpus*. Porém, examinando seu conteúdo, concedo a ordem, de ofício, a fim de, aplicando o princípio da insignificância, absolver, nos termos do art. 386, III, do CPP, tão-somente o paciente **CESAR RODRIGUES CACHOEIRA**, nos autos do processo n. 152/10, em trâmite na Terceira Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 225.991 - SP (2011/0281141-1)

VOTO-VENCIDO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

O relator desta ordem, culto Ministro Rogério Schietti Cruz, assim sumariou o feito:

PAULO HENRIQUE DE SOUZA e CESAR RODRIGUES CACHOEIRA, pacientes neste *habeas corpus*, estariam sofrendo constrangimento ilegal em decorrência de acórdão proferido pela 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação n. 990.10.423346-1.

Os pacientes foram denunciados porque, *"no dia 27 de janeiro de 2010, por volta das 17 horas, na Avenida Senador Vergueiro, n. 2000, Jardim Três Marias, agindo em concurso, previamente ajustados e com unidade de desígnios tentaram subtrair oito frascos de desodorante spray e quatro frascos de desodorante rollon de propriedade do estabelecimento comercial Carrefour, sendo que o delito somente não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos agentes. A materialidade do delito ficou comprovada pelos autos de exibição e apreensão de fls. 45 e de avaliação de fls. 46."*

Após regular instrução processual, sobreveio sentença que condenou os réus Paulo Henrique de Souza e Cesar Rodrigues Cachoeira como incursos no artigo 155, § 4º, inciso IV, combinado com artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, respectivamente, às penas de 1 ano, 7 meses e 6 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 4 meses de reclusão, em regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Irresignada, a Defensoria interpôs a Apelação n. 990.10.423346-1, objetivando a absolvição dos pacientes, aduzindo ausência de provas para sustentar o decreto condenatório, bem como a atipicidade em suas condutas, em virtude do princípio da insignificância ou em razão da ocorrência do crime impossível. Subsidiariamente, buscou a redução da pena imposta.

A Corte de origem negou provimento ao recurso nos seguintes termos:

Tentativa de furto qualificado. Absolvição. Impossibilidade. Regime inicial semiaberto para réu reincidente e com maus antecedentes. Impossibilidade. Súmula 269 do STJ. (fl. 33)

Neste *writ*, a impetrante pugna que seja reconhecida a atipicidade da conduta praticada pelos pacientes, uma vez que "os objetos furtados eram de pouco valor econômico" (fl. 02).

O MPF opinou, às fls. 169/178, pela denegação da ordem.

Pelo seu voto, o culto Ministro relator entendeu por conceder a ordem de ofício, apenas em relação ao paciente Cesar Rodrigues Cachoeira, não a conhecendo em relação ao paciente Paulo Henrique de Souza, em razão dos antecedentes deste último:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I.

O Superior Tribunal de Justiça, alinhado à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, quando manejado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial) ou à revisão criminal. Não obstante essa mudança de paradigma, ambas as Cortes têm admitido o exame do mérito da impetração, de ofício, nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica do ato impugnado.

Sob tais premissas, **constato a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal** passível de engendrar a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

II.

Posta a questão, *ab initio* registro **minha posição favorável à possibilidade de, a despeito da subsunção formal de um tipo penal a uma conduta humana, concluir-se pela atipicidade material da conduta**, por diversos motivos, entre os quais **a ausência de ofensividade penal** do comportamento verificado.

Em verdade, a doutrina tradicional, como observa JOSÉ ANTÔNIO PAGANELLA BOSCHI, propõe o emprego dos critérios do *desvalor da ação* (adoção de meios usuais e não especialmente censuráveis pelo autor), do *desvalor do resultado* (que se afere pela lesão propriamente dita) e da *intensidade da culpabilidade*, para determinar a insignificância, aos quais se soma ainda o critério da "proporcionalidade entre a pena e o delito, indicando que a sua ausência retira a razão de ser da própria punibilidade" (*Ação penal*. Denúncia, queixa e aditamento. Porto Alegre: Aide, 1993, p. 70).

Eis um tema que desperta grande dificuldade ao operador do Direito, quer para aceitar a incidência de tal princípio orientador da aplicação da lei penal, quer para lhe definir os contornos precisos.

Mas, como alerta LUIGI FERRAJOLI, a interpretação da lei "é sempre fruto de uma escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas". Não sendo o juiz uma máquina perfeita de aplicar leis, a tarefa de dizer o direito se distingue em espaços de poder, dentre os quais o poder de *conotação* ou de compreensão equitativa dos fatos. Assim, "além de comprovar os fatos abstratamente indicados na lei como pressupostos da pena, o juiz deve discernir as conotações que convertem cada fato em diverso dos demais, por mais que estes pertençam ao mesmo gênero jurídico".

No plano axiológico, diz ainda, a necessária limitação do poder punitivo do Estado não se incompatibiliza com a presença de "momentos valorativos, quando estes, em vez de se dirigirem a punir o réu para além dos delitos cometidos, servem para excluir sua responsabilidade ou para atenuar as penas segundo as específicas e particulares circunstâncias nas quais os fatos comprovados se tenham verificado. Daí segue que não só é estranha, mas também incompatível com a epistemologia garantista, a ideologia mecanicista da aplicação da lei, expressada na célebre frase de Montesquieu: "Os juízes da nação não são, como temos dito, mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor das leis" (LUIGI FERRAJOLI. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33/34).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Eis a razão para, máxime na jurisdição criminal, exigir-se a **singularização do caso julgado**, de modo a **construir-se artesanalmente a decisão**, externando, mercê da **suficiente motivação do ato**, as razões que levaram o órgão competente a, **apreciadas as questões fáticas, com suas particularidades**, escolher, entre as possíveis interpretações jurídicas, a que melhor o conduziu à **justa aplicação do direito ao caso concreto**.

Ainda levando em conta as exigências de uma leitura diferenciada do conflito de natureza penal – dadas as peculiaridades que distinguem a jurisdição penal da civil – não há de se fechar o juiz criminal aos mandados de otimização que derivam de princípios que interferem na atividade punitiva do Estado.

Entre esses princípios destacam-se, naquilo que ora interessa decidir, os princípios que subjazem à idéia da **necessidade**, como base justificadora e legitimadora da sanção penal.

Se o Direito Penal é um mal necessário, – não apenas instrumento de prevenção dos delitos, mas também técnica de minimização da violência e do arbítrio na resposta ao delito (LUIGI FERRAJOLI. *Direito e Razão*, op. cit., p. 439) – sua intervenção somente se legitima "nos casos em que seja imprescindível para cumprir os fins de proteção social através da prevenção de fatos lesivos" (JESUS MARIA SILVA SANCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p.247, tradução livre).

O enunciado do *princípio da necessidade da pena*, como advertido por JUAREZ TAVARES, geralmente se articula com outros princípios, entre os quais o da *fragmentariedade* – "o Direito Penal só pode intervir quando se trate de tutelar bens fundamentais e contra ofensas intoleráveis" – e o da *subsidiariedade* – "a norma penal exerce uma função meramente suplementar da proteção jurídica em geral, só valendo a imposição de suas sanções quando os demais ramos do Direito não mais se mostrem eficazes na defesa dos bens jurídicos" (*Critérios de seleção de crimes e cominação de penas*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, número de lançamento, RT, p. 75/87).

E, na escolha dos **bens jurídicos a tutelar**, é preciso que se tenha presente – prossegue, na obra citada, JUAREZ TAVARES – que a intervenção penal do Estado se dá, sob a ótica puramente formal, a partir da tipificação de condutas. Porém, **sob o enfoque material**, exige-se que tal intervenção leve em consideração que as condutas proibidas são produto de seres humanos, enquanto inseridos em condicionamentos sociais, o que legitima a norma apenas se tiver ela como escopo impedir uma **lesão concreta de um bem jurídico**.

Bem a propósito, JUAREZ CIRINO DOS SANTOS reporta-se ao *princípio da lesividade* como "a expressão positiva do princípio da insignificância em Direito Penal: lesões insignificantes de bens jurídicos protegidos, como a integridade ou saúde corporal, a honra, a liberdade, a propriedade, a sexualidade etc, não constituem crime" (*Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris ICPC, 2006, p. 26).

Em suma,

Todo trabalho legislativo deve partir da idéia de que o Direito Penal não é o único nem, muito menos, o melhor instrumento de combate à criminalidade. Por isso, deve ser empregado como ultima ratio. A sanção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penal há de ser reservada, exclusivamente, para os casos mais graves e, mesmo assim, somente depois que os demais instrumentos de controle social se mostrarem insuficientes. O custo social da pena recomenda a parcimônia. Este modo de ver o Direito Penal não é novo, pois já estava contido no art. 8º da Declaração francesa dos Direitos Humanos, de 26.8.1789 - "A lei não deve estabelecer mais penas do que as estrita e manifestamente necessárias" - que acolhia uma das principais reivindicações de Beccaria. Na moderna Política Criminal corresponde aos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade do Direito Penal (JOÃO MARCELO DE ARAÚJO JÚNIOR. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 50)

Toda essa doutrina, repristinada do Direito Romano (onde se aplicava o brocardo *minimus non curat praetor*) por Claus Roxin, na década de 60 do Século passado, consoante referido por ex-membro desta Corte Superior, o Ministro e Professor Francisco de ASSIS TOLEDO, quando, em conhecida obra, pontuou que **"... segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas"** (*Princípios Básicos de Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 1982, p. 187).

E, nessa toada, o festejado penalista salientou que a conduta, para ser crime, precisa ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito, "mas não se pode falar ainda em tipicidade, sem que a conduta seja, a um só tempo, **materialmente lesiva a bens jurídicos**, ou ética e socialmente reprovável" (*op. cit.*, p. 185, grifamos).

Provavelmente essa percepção conduziu o legislador castrense a prever, em dois dispositivos do Código Penal Militar, regra de exclusão do caráter penal da conduta formalmente violadora do tipo penal, ao estabelecer que "No caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração somente **como disciplinar**" (art. 209, § 6º, do CPM), bem assim que "Se o agente 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 **considerar a infração como disciplinar**" (art. 240, § 1.º, do COM) – grifei.

III.

Admitida, portanto, a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância como critério para a verificação judicial da relevância penal conduta humana sob julgamento, vale assinalar como o tema tem sido tratado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Na Corte Suprema, a insignificância da conduta (e/ou do resultado) vem sendo há tempos reconhecida como fator impeditivo para a não configuração de figuras criminosas, como se extrai de um dos primeiros casos julgados após a Constituição de 1988, em que se assentou (RHC 66869/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ 28/4/1989, p. 6295), que "se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito e de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos - e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois - há de impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as varas criminais, geralmente tão oneradas".

Atualmente, dois pensamentos oriundos do STF têm ensejado reverberação doutrinário-jurisprudencial. O primeiro deles, muito recorrente em decisões e arestos de outros tribunais, é da lavra do Ministro Celso de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mello, e vem condensado na seguinte ementa:

EMENTA: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL – TENTATIVA DE FURTO PRIVILEGIADO (CP, ART. 155, § 2º, C/C O ART. 14, II) – “RES FURTIVAE” NO VALOR (ÍNFIMO) DE R\$ 30,00 (EQUIVALENTE A 4,42% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) – DOCTRINA – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO. 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. 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 esta na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Precedentes. **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.** HC 115246 / MG - MINAS GERAIS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 28/05/2013, Segunda Turma, DJe-122, 26-06-2013 - grifamos

Em similar análise, assim é posta a questão no seguinte excerto do voto do Ministro Carlos Ayres Britto, ex-integrante daquela Corte:

[...] 7. *É possível listar diretrizes de aplicação do princípio da insignificância, a saber: a) da perspectiva do agente, a conduta, além de revelar uma extrema carência material, ocorre numa concreta ambiência de vulnerabilidade social do suposto autor do fato; b) do ângulo da vítima, o exame da relevância ou irrelevância penal deve atentar para o seu peculiarmente reduzido sentimento de perda por efeito da conduta do agente, a ponto de não experimentar revoltante sensação de impunidade ante a não-incidência da norma penal que, a princípio, lhe favorecia; c) quanto aos meios e modos de realização da conduta, não se pode*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*reconhecer como irrelevante a ação que se manifesta mediante o emprego de violência ou ameaça à integridade física, ou moral, tanto da vítima quanto de terceiros. Reversamente, sinaliza infração de bagatela ou penalmente insignificante aquela que, além de não se fazer acompanhar do 'modus procedendi' que estamos a denunciar como intolerável, revela um atabalhoamento ou amadorismo tal na sua execução que antecipa a sua própria frustração; isto é, já antecipa a sua marcante propensão para a forma não mais que tentada de infração penal, porque, no fundo, ditadas por um impulso tão episódico quanto revelador de extrema carência econômica; d) **desnecessidade do poder punitivo do Estado**, traduzida nas situações em que a imposição de uma pena se autoevidencie como tão despropositada que até mesmo a pena mínima de privação liberdade, ou sua conversão em restritiva de direitos, já significa um desbordamento de qualquer idéia de proporcionalidade; e) finalmente, **o objeto material dos delitos patrimoniais há de exibir algum conteúdo econômico**, seja para efetivamente desfalcar ou reduzir o patrimônio da vítima, seja para ampliar o acervo de bens do agente. (HC 109.134/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, j.13/09/2011, Segunda Turma, DJe-043, 01-03-2012) Destaquei.*

No Superior Tribunal de Justiça outro não tem sido o direcionamento dado aos seus julgados, ainda que sob reservas de um ou outro dos integrantes das duas turmas que compõem a Terceira Seção.

De fato, na Sexta Turma, tem-se decidido que não se caracteriza a insignificância da conduta nos casos de furto:

a) de gêneros alimentícios, produtos de limpeza, uma caixa de fósforo e um par de tênis, em residência, mediante rompimento de obstáculo, danificando a porta dos fundos do domicílio da vítima. (HC 183.889/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013; AgRg no REsp 1392545/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 12/09/2013); **b) de 51 metros de cabos de energia elétrica de diversas casas, danificando-os na retirada.** (HC 184.556/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 22/08/2013); **c) de objetos do interior de um estabelecimento comercial que, apesar de avaliados em apenas R\$ 35, 00 (trinta e cinco reais), foram subtraídos mediante arrombamento, em plena madrugada,** (HC 192.530/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 14/05/2013); **de objetos guardados no interior de um automóvel, danificando o veículo ao procurar retirar os itens, sendo o paciente multireincidente específico e praticando o fato durante o repouso noturno e em coautoria** (HC 258.743/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 08/03/2013); **d) em coautoria, do caixa de estabelecimento comercial, pulando para dentro do balcão e aproveitando-se da distração do responsável, sendo pego, logo depois, com maconha, cujo crime de posse só não foi firmado em face da extinção da punibilidade. [...]** (HC 180.726/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 20/02/2013); **e) de bolsa contendo documentos pessoais e cartões bancários, estando o autor do delito em cumprimento de pena pelo cometimento de outro crime contra o patrimônio.** (HC 240.460/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012); **f)** de uma bicicleta, **em concurso de agentes, e atribuição de falsa identidade ao ser preso** (HC 213.827/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 07/06/2013); **g)** de **uma colher de pedreiro, avaliada em R\$4,00**, mediante **escalada de muro** que protegia a residência (HC 253.360/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 01/08/2013, RESSALVA DA MIN MARIA THEREZA); **h)** de 03 peças de vestuário, avaliadas em R\$ 129,88, **em coautoria com um adolescente** (HC 196.862/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 18/12/2012);

Na Quinta Turma é ainda mais pacificada a jurisprudência que repudia a insignificância da conduta em casos de furto:

a) cometido reiteradamente, denotando profissionalismo delitivo, praticado em doses módicas (AgRg no HC 241.351/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 11/09/2012); **b)** de bens avaliados em R\$ 27,00, **mediante arrombamento da porta** metálica que fechava o estabelecimento comercial, em coautoria com adolescente (HC 173.543/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 27/09/2011); **c)** de dois sabonetes avaliados em R\$ 48,00, sendo o **autor reincidente** (HC 221.927/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 25/09/2013); **d)** de ferramentas avaliadas em R\$ 100,00, **do interior de uma residência** (AgRg no REsp 1331563/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 19/09/2013); **e)** por **infrator habitual** (AgRg no REsp 1388342/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 10/09/2013).

IV.

Parece claro, portanto, que, para a delimitação do âmbito de aplicação da insignificância, o juiz deverá ponderar o conjunto de circunstâncias que rodeiam a ação, a fim de estabelecer se o delito, "embora se encontre formalmente descrito em um tipo penal, não afeta de maneira relevante o bem jurídico que o tipo protege" (ABEL CORNEJO. *Teoría de la insignificância*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 72, tradução livre).

E, para empreender-se essa tarefa, alguns fatores, como os elencados nos julgados acima referidos, hão de ser considerados. É dizer, saber se um comportamento formalmente típico deve receber ou não punição, quer pela sua tipicidade material, quer por sua relevante reprovabilidade, importa em avaliar:

- I. o valor do bem ou dos bens furtados;
- II. a situação econômica da vítima;
- III. as circunstâncias em que o crime foi perpetrado, é dizer, se foi de dia ou durante o repouso noturno, se teve o concurso de terceira pessoa, sobretudo adolescente, se rompeu obstáculo de considerável valor para a subtração da coisa, se abusou da confiança da vítima etc;
- IV. a personalidade e as condições pessoais do agente, notadamente se demonstra fazer da subtração de coisas alheias um meio ou estilo de vida, com sucessivas ocorrências (reincidente ou não).

Em verdade, a desconsideração de uma conduta humana que viola o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tipo penal, ao menos formalmente, implica uma operação mental por parte do juiz, como intérprete da vontade da lei (*mens legis*), premido por critérios que bem sugerem a política criminal estatal a ser adotada na definição dos bens jurídicos que serão penalmente protegidos e em que medida.

Não se justifica, portanto, aplicar *tout court* a dogmática penal e desconsiderar que o **princípio da insignificância nada mais é do que uma manifestação, no plano jurisdicional, da política criminal do Estado**, permeável aos valores cultivados pela sociedade, em seu tempo e espaço.

Sopesar, portanto, os dados empíricos do processo – sejam quais forem – implica o reconhecimento de que, na concretização do poder punitivo estatal, há algo além da mera tipicidade formal do comportamento. Implica reconhecer que, conservador ou liberal, o julgador densifica uma dada política criminal, que há de dialogar, necessariamente, com a dogmática penal.

Os conceitos jurídico-penais, como lecionam Roxin e Schünemann, hão de ser "capazes de desempenhar um papel acertado no sistema, alcançando consequências justas e adequadas", visto que, ante a missão constitucional do Direito Penal, que é a de "proteger bens jurídicos através da prevenção geral ou especial", a construção do sistema punitivo não deve vincular-se a dados meramente ontológicos, e sim orientar-se pelos fins do Direito Penal. (LUIS GRECO. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120-163, out./dez. 2000).

Não desconheço existir forte e qualificada **resistência** doutrinária e por considerável segmento da jurisprudência dos tribunais superiores, como visto acima, **em admitir que a reiteração delitiva do agente**, máxime em crimes de natureza patrimonial, **possa ser sopesada** no momento em que, no exame do caso concreto, o magistrado deve decidir se a conduta é materialmente típica, ou, em linguagem e significância mais amplas, se o ato perpetrado reclama punição penal.

Decerto que a simples existência de maus antecedentes penais, sem a devida e criteriosa verificação da natureza desses atos pretéritos, não pode servir de barreira automática para a invocação do princípio bagatelar. Com efeito, qual o relevo, para o reconhecimento da natureza insignificante de um furto, de constatar-se que o agente, anteriormente, fora condenado por desacato à autoridade, por lesões corporais culposas, por crime contra a honra e por outros ilícitos que não apresentam qualquer conexão comportamental com o crime patrimonial sob exame?

Outra, creio, haverá de ser a conclusão se constata o aplicador da lei que o agente, nos últimos anos, vem-se ocupando de cometer pequenos furtos, seja por compulsão, seja por mera decorrência de um hábito contrário ao direito, seja, ainda, por fazer da subtração de bens alheios um meio de sustento.

Se do ponto de vista da mera dogmática penal esses fatos não poderiam ser considerados como óbice ao reconhecimento da insignificância penal – por aparentemente sinalizar a prevalência do direito penal do autor e não do fato – **não me parece deva o juiz, na avaliação da conduta formalmente correspondente a um tipo penal, ignorar o contexto que**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

singulariza a conduta como integrante de uma série de outras de igual natureza, as quais, se não servem para caracterizar a continuidade delitiva, bem evidenciam o comportamento humano avesso à norma penal e ao convívio respeitoso e harmônico que se espera de todo componente de uma comunhão social.

Daí a farta jurisprudência desta Corte, notadamente de sua Quinta Turma, rechaçando a incidência do princípio da insignificância em casos tais, ao argumento de que: "[o princípio da insignificância] não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas sim para impedir que desvios ínfimos e isolados sejam sancionados pelo direito penal" (Min. Marco Aurélio Bellizze, AgRg no Aresp 388938/DF, DJe 23/10/2013); "a lei seria inócua se fosse tolerada a reiteração do mesmo delito, seguidas vezes, em frações que, isoladamente, não superassem certo valor tido por insignificante, mas o excedesse na soma, sob pena de verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, mormente para aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida" (Min. Laurita Vaz, RHC 37453/MG, DJe 27/09/2013); "O comportamento versado nos autos se amolda tanto à tipicidade formal e subjetiva, quanto à tipicidade material, que consiste na relevância jurídico-penal da ação, visto que restou destacado que o furto em questão não representa fato isolado na vida do paciente, impondo-se, portanto, a incidência da norma penal de modo a coibir a reiteração criminosa" (Min. Jorge Mussi, HC 267447, DJe 06/08/2013); "o princípio da insignificância não foi concebido para resguardar ou legitimar constantes condutas desvirtuadas, sob pena de se criar um verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal ou de se estimular a prática reiterada de furtos de pequeno valor, mormente por aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida" (Min. Sebastião Reis Júnior, AgRg no REsp 1376502/MG, DJe 23/08/2013).

Assim, conquanto respeite os argumentos dogmáticos que não coonestam essa jurisprudência, **alio-me aos que, por razões derivadas predominantemente de política criminal, não admitem a incidência do princípio bagatelar em casos nos quais o agente é contumaz autor de crimes contra o patrimônio, ressalvadas**, vale registrar, as hipóteses em que a inexpressividade da conduta ou do resultado é tão grande que, a despeito da existência de maus antecedentes, não se justifica a utilização do aparato repressivo do Estado para punir o comportamento formalmente tipificado como crime.

V.

No caso vertente, verifico que as circunstâncias do caso concreto dizem respeito à subtração, em concurso de agentes, de *res furtiva* (8 frascos de desodorante *spray* e 4 frascos de desodorante *rollon* de propriedade de estabelecimento comercial) cujo valor foi avaliado em R\$ 43,30.

É certo que o furto qualificado pelo **concurso de agentes**, segundo entendimento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, **não** inviabiliza, só por si, o reconhecimento do princípio da insignificância, **sobretudo quando não é alterada a percepção acerca da gravidade da ação delituosa**.

Confira-se: "[...] *não há como deixar de reconhecer a mínima ofensividade do comportamento do paciente que, em comunhão de esforços com terceiro, tentou subtrair balas, refrigerantes, chocolates e outros bens*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

avaliados em R\$ 44,55 (quarenta e quatro reais e cinquenta e cinco centavos), sendo de rigor o reconhecimento da atipicidade da conduta. Nos termos da compreensão firmada pela Sexta Turma desta Corte de Justiça, o concurso de agentes não impede o reconhecimento da aplicação do princípio da insignificância, mormente quando não agrega maior reprovabilidade à conduta, como na hipótese em apreço" (HC 250.273/DF, Rel. Ministro **Og Fernandes**, 6T., DJe 13.09.2013).

Todavia, no caso dos autos, o acórdão impugnado informou, ao analisar a dosimetria da pena, que **o paciente Paulo tem maus antecedentes (por furto e roubo)**, motivo pelo qual **não vejo como reconhecer a atipicidade material** dessa conduta, sobretudo em função da compreensão desta Sexta Turma acerca da aplicação do princípio da insignificância.

Forçoso concluir, por conseguinte, que não se constata periculosidade social, ofensividade ou expressividade da lesão jurídica provocada, a merecer a intervenção do Direito Penal, somente na conduta do paciente César.

À vista dos exposto, não conheço do *habeas corpus*. Porém, examinando seu conteúdo, concedo a ordem, de ofício, a fim de, aplicando o princípio da insignificância, absolver, nos termos do art. 386, III, do CPP, tão-somente o paciente **CESAR RODRIGUES CACHOEIRA**, nos autos do processo n. 152/10, em trâmite na Terceira Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo.

Acostaram-se à compreensão de Sua Excelência as eminentes Ministras Assusete Magalhães e Marilza Maynard. Por outro lado, acompanhada do Ministro Sebastião Reis Júnior, restei vencida em parte, por conceder a ordem de ofício também em favor do outro paciente, à compreensão de ser inviável ter a mesma conduta como atípica em relação a certo agente e típica em relação a outro.

Pensar-se de modo diverso, implica, creio, violação princípio da isonomia, segundo a lição de Alberto Silva Franco:

'(...) verificou-se, no entanto, que o princípio da igualdade não se exauria na mera aplicação igualitária da lei. Embora a aplicação igual da lei constitua uma das dimensões do princípio da igualdade constitucionalmente tutelado, o princípio tem também outro endereço, além do juiz e do administrador: o próprio legislador na medida em que o vincula à criação de um direito igual para todos. Não basta, destarte, a igualdade perante a lei, ou seja, a igualdade sob o ângulo formal; é mister a igualdade material. (...) Estaria a igualdade material presente na medida em que o igual fosse tratado igualmente e o igual, desigualmente? Evidentemente não, pois a adoção dessa fórmula pelo legislador não permitiria ainda estabelecer um critério de valoração para a relação de igualdade. O que, então, conduziria a esse critério aferidor? A proibição do arbítrio.' (*Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, vol. 1, parte geral, São Paulo, RT, 2001, p. 8).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penso, como o grande mestre de todos nós, que o farol que ilumina o disrímen, no seio da discussão sobre isonomia, é justamente a proibição do arbítrio. Desta maneira, entendo que não seria admissível, a um só tempo, enxergar tipicidade e atipicidade num único fato, sob pena mesmo de se empolgar um direito penal do autor. A menção aos antecedentes, na espécie, traduz exemplo retocado de como o tratamento da insignificância, escorado em aspectos estranhos ao juízo de tipicidade, engendra iniquidade.

Retomo, pois, o ideário que me fez concluir ser indispensável promover-se, em tema de insignificância, um debate técnico-penal, desligado de paixões, que nada contribuem dogmaticamente.

Apesar de cotidiana, a tarefa de lidar com o princípio da insignificância é uma das mais delicadas conferidas ao magistrado. Ao dele tratar, como ocorre com a adequação social, LUIZ RÉGIS PRADO assinala que "convém advertir para grande imprecisão desses critérios, o que pode atingir gravemente a segurança jurídica" (*Curso de direito penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2004, v. I, p. 145).

O tipo penal, como obra do legislador, é blindado pelo signo da legitimidade, cifrado na soberania popular, conforme o art. 1.º, parágrafo único, da Constituição Federal. Daí, toda vez que se está diante de uma incriminação aberta é necessário redobrado cuidado para não se desaguar em arbítrio, porquanto o cerceamento da liberdade decorre de uma autorização taxativa.

Nesse mesmo ambiente, tem-se a atuação do juiz que se depara com uma situação em que há de decidir se a incriminação abarca, ou não, certa conduta, à luz do desvalor encarnado no modelo punitivo.

Quando se afirma que o desvalor do resultado e o desvalor da conduta vão gizar o caminho do julgador quando da apreciação do relevo penal de certo comportamento, não se lhe confere carta branca. Não lhe é franqueado o exercício de ampla discricionariedade. Longe disso. Ensina-nos a doutrina o que se deve entender pelas locuções:

Mais do que Welzel, é Zielinski quem desenvolve até as últimas consequências os postulados das teorias finalistas. Para ele, citado por Bustos Ramires, o desvalor do resultado não opera papel algum no injusto, já que sempre é apenas um produto do azar e, logicamente, então, o Direito não pode incluí-lo em suas prescrições. Sobre esta base, os efeitos de uma consideração totalmente exclusiva do desvalor do ato resultam completamente radicais em relação com a estrutura do delito.

(...)

Por outra parte - prossegue - já o ponto de partida mesmo desta posição extrema do finalismo - que tem Zielinski como representante - é objetada desde o campo do próprio finalismo por Stratenwerth, posto que, uma vez produzido o resultado, este evidentemente não aparece desligado do autor - daí estarem inter-relacionadas todas aquelas categorias básicas do Direito Penal - e, portanto, tem que entrar em considerações no injusto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esse desprendimento total do injusto faz precisamente com que a teoria finalista, na expressão de Bustos Ramirez, "mediatize complementemente el bien jurídico" - e que é o núcleo central do injusto como registra Gimbernat - e que, ao pôr o acento somente no desvalor da ação, se origine uma tendência à eticização e subjetivação do Direito Penal.

(..)

Para evitar as objeções concernentes à indeterminação conceitual do princípio, a valoração da ofensa deve manter sempre um caráter rigorosamente normativo. (LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 113)

Em reforço, VICO MAÑAS acentua:

Para dar validade sistemática à irrefutável conclusão político-criminal de que o direito penal só deve ir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade. (*O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 53)

Assim, desvalor da conduta não é um juízo pessoal (ou moralista) sobre o evento, mas, como ensina VICO MAÑAS: "o desvalor da ação, por sua vez, deve ser analisado segundo o grau de probabilidade da conduta para a realização do evento" (*Op. cit*, p. 61). E adverte o monografista:

Com o intuito de evitar as objeções concernentes à indeterminação conceitual do princípio, é preciso que a tarefa de interpretação e valoração da ofensa tenha caráter rigorosamente normativo. (*Op. cit*, p. 60).

E, em remate, aduz:

Contudo, ambos os critérios, desvalor da ação e desvalor do resultado, revelam-se importantes na tarefa de descriminalização interpretativa, pois estão perfeitamente entrelaçados e é impossível imaginá-los separados. O valor ou desvalor de uma conduta pressupõe sempre o valor ou desvalor de um resultado. Assim, por exemplo, a proibição de matar é consequência da proteção à vida; a proibição de roubar resulta da proteção à propriedade. Nos dois casos, o desvalor da ação (matar, roubar) deriva já do desvalor do resultado (destruição da vida humana, lesão da propriedade). Os mandamentos de "não matar" e "não roubar" só têm sentido se previamente se reconhecer os valores que os fundamentam: a vida e a propriedade.

De qualquer forma, para que se verifique a eventual preponderância de um critério sobre o outro em determinado caso concreto, é necessário analisar a estrutura legal do respectivo tipo penal. (*Op. cit*, p. 61-62).

Precisas, ainda, as lições de JUAREZ TAVARES:

Ao estabelecer as características da conduta proibida, inserindo-as no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tipo de injusto, o legislador procede a uma avaliação negativa sobre essa conduta mesma e sobre o resultado por ela produzido. Esta dupla avaliação toma o nome de *desvalor do ato* e *desvalor do resultado*. O *desvalor do ato* e o *desvalor do resultado*, que são levados em conta principalmente na distinção entre os delitos dolosos e culposos, integram-se em unidade recíproca, de sorte que, quase sempre, um se manifesta no outro. Às vezes, a infração à norma se satisfaz exclusivamente com o desvalor do ato - nos *crimes de mera atividade* - quando a conduta já se tenha postado de modo perigoso ao bem jurídico. Outras vezes, a conduta possui graus de valoração - nos *crimes de resultado* -, quando não basta para a completa infração à norma tão-só o desvalor do ato, mas sim, principalmente, o desvalor do resultado. (*Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 298).

E, mais adiante, ensina o Professor Titular da UERJ:

Assim, constituem, no fundo, **uma desfiguração da teoria da imputação todas as formulações que se fazem acerca de que, em face da norma determinativa ou proibitiva, se configura um desvalor do ato e, em face da norma valorativa, um desvalor do resultado, com vistas a estabelecer que o conteúdo do injusto está condicionado à forma ou ao modo de execução da ação.** Simplesmente, é incabível uma articulação dogmática desses dois aspectos do injusto sem relacioná-los à teoria da imputação. Poder-se-ia perguntar: **para que serve afinal o desvalor do ato ou o desvalor do resultado? A resposta seria sempre a mesma: para poder incriminar tanto a tentativa quanto o delito consumado, ou para fundamentar o tipo dos delitos culposos.** (*Op. cit.*, p. 303).

Colhe-se, também, o escólio de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS:

Por desvalor da acção compreende-se o conjunto de elementos subjetivos que conformam o tipo de ilícito (subjectivo) e o tipo de culpa, nomeadamente a finalidade delituosa, a atitude interna do agente que ao facto preside e a parte do comportamento que exprime facticamente este conjunto de elementos. (...) De forma plástica, mas substancialmente correcta, se poderá dizer que o desvalor da acção se revela de forma exemplar na tentativa de crimes; o desvalor de resultado no crime *consumado*. (...) A conclusão deve ser a seguinte: a constituição de um tipo de ilícito exige, por regra, tanto um desvalor de acção, como um desvalor de resultado: sem prejuízo de casos haver em que o desvalor de resultado de uma certa forma predomina sobre o desvalor da acção (máxime, nos crimes de *negligência*), ou em que inversamente o desvalor da acção predomina sobre o desvalor de resultado (máxime, nos casos de *tentativa*). (*Direito penal*. Coimbra Editora: Ed. RT. São Paulo, 2007, t. I, p. 285-288).

Em idêntico sentido, são as considerações de GÜNTER STRATENWERTH,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em obra específica sobre o tema: *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho penal*. Trad. Marcelo A. Sancinetti, et. al. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 44-45.

Logo, para se reconhecer o caráter bagatelar da ação, sem se desbordar para o arbítrio, é de se empreender uma análise de cunho normativo, ligada à estrutura típica, guiada axiologicamente. Portanto, um comportamento é mais ou menos lesivo à medida em que se contrapõe ao valor tutelado, no contexto do tipo penal - sendo o desvalor da conduta derivado do tipo em si, e, como sublinha JUAREZ TAVARES, não em razão das particularidades que lhe são externas, como o *modus operandi*.

Abstrair-se desse ambiente do tipo penal é abrir as portas para a insegurança jurídica. Nesse contexto, é preciso melhor entender o teor do critério quadripartite, consagrado em precedente do STF, de lavra do eminente Ministro CELSO DE MELLO (HC n.º 84.412-0/SP, STF, DJU 19.11.2004).

Pois bem, o paradigma do STF, se indevidamente interpretado, pode dar ensejo a opções deveras abertas, as quais podem abarcar, na análise da insignificância, temas estranhos à tipicidade material.

O princípio da insignificância, uma vez reconhecido, afasta a tipicidade na sua dimensão material - nunca é demais repetir.

Sobre tal primado, ensina o Professor Titular de Direito Penal da USP, RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA:

Como já mencionado, Roxin publicou, ainda em 1969, interessante artigo tratando especificamente sobre a influência de von Liszt na concepção do Projeto Alternativo daqueles dias. Para ele, mostrava-se, de forma muito clara, que o Projeto Alternativo encontrava-se na mesma linha histórica de von Liszt, podendo isso ser bem verificado quer na própria concepção de pena, quer na questão do bem jurídico. (...) A insignificância jurídica em termos penais implicaria na assertiva de que diversas condutas "socialmente irrelevantes" podem ser excluídas do Direito Penal, desfogando a Justiça e evitando estigmatizações por fatos mínimos. Ao invés de estremecer a Justiça, vem garanti-la. Ainda que tomando peso na discussão penal nacional e já sendo presente em termos jurisprudenciais, o princípio da insignificância é não raro combatido. (...) Os críticos fazem leitura parcial de Roxin, asseverando que ele não menciona espectro largo à insignificância. **O próprio autor de Munique reconhece que melhor solução há de ser encontrada no exame de cada caso concreto, mediante uma interpretação restritiva, orientada ao bem jurídico tutelado. (...) Desta feita, pondera somente uma interpretação, visando um bem jurídico de determinada classe de injusto, podendo ou não gerar uma atipicidade.** (*Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 185-186, destaquei).

Ao tratar do princípio, ZAFFARONI enfatiza que as peculiaridades da vítima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não podem ser desprezadas:

Los casos de lesiones insignificantes de bienes jurídicos fueron relevados como atípicos por Welzel, conforme a sua teoría de la adecuación social de la conducta. Posteriormente, el viejo principio *minima no curat Praetor* sirvió de base para el enunciado moderno del llamado principio de *insignificancia*, o de *bagatela*, según el cual **las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen lesividad relevante a los fines de la tipicidade objetiva.**

(...)

Como los bienes jurídicos no se distribuyen igualitariamente en ninguna sociedad, podría sostenerse el criterio de valoración al sujeto. (...) una lesión usualmente insignificante puede ser significativa para el sujeto pasivo concreto cuando alguna circunstancia particular de éste o de su situación le haga cobrar significación para su existencia (vgr. un vaso de gaseosa en el desierto no es lo mismo que en un café de París). (*Derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 471-472, destaquei).

In casu, a ideia de que a reiteração delitiva poderia afastar a incidência do cânone em foco não pode ocorrer por uma simples razão: o reconhecimento de que a conduta do paciente é mais ou menos reprovável é tema próprio do mérito da ação penal - culpabilidade- conforme a seguinte lição de MIGUEL REALE JÚNIOR:

Considera FREUDENTHAL que a culpabilidade é reprovação ao agente, por ter agido contra o Direito, quando poderia não o ter feito. A culpabilidade é a reprovação por ser exigível um comportamento diverso, e é pela análise do poder do agente que se realiza o juízo de reprovação. Reprova-se o agente por ter podido agir diversamente quando não o fez.

Para FREUDENTHAL, existia um abismo entre a ordem jurídica e a consciência popular, abismo este transponível através da teoria normativa da culpabilidade, que vem atender aos reclamos da vontade popular, pois o exame da exigibilidade, realizada por meio da valoração ético-social, liberta a justiça dos formalismo legais. (*Instituições de Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 180-181).

Daí a necessidade de se precisar a exata dimensão do precedente do Supremo Tribunal Federal. Nas lições do decano do Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP, a avaliação do conteúdo ético-social da conduta não se encontra no âmbito da tipicidade, mas, integra exame próprio da culpabilidade, núcleo recôndito da responsabilidade penal e, portanto, do mérito da ação penal.

Destarte, considerações acerca da culpabilidade do comportamento implicariam indevido ingresso no mérito da ação penal, providência vedada no seio do *habeas corpus*, ainda mais no caso de denegação da ordem, em prejuízo ao paciente, em remédio constitucional aviado em seu próprio favor.

Logo, não é possível emprestar à diretriz bem intencionada do paradigma do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STF conteúdo que não se pretendeu conferir. A ideia sempre foi o tratamento da insignificância no plano da tipicidade material, sendo os vetores enunciados desdobramentos desse mesmo estrato do conceito analítico de crime. Daí, em síntese, o critério indica, verdadeiramente, diversas facetas da ausência de relevante afetação do bem jurídico.

Ademais, aduzir-se que o paciente é reincidente, ou vive um quadro de reiteração delitiva, é, com todo respeito, desbordar da análise própria da tipicidade, e, indo além, ultrapassar a antijuridicidade e, mesmo, a culpabilidade, ingressando num plano próprio da teoria da pena.

Penso que, nesse panorama, o emprego da reincidência ou dos antecedentes, no caso em testilha, não poderia ser materializada sem se transitar, em alguma medida, pelo direito penal do autor, anulando-se consagrados passos conquistados pela ciência penal, cuja história coincide com a evolução das instituições democráticas. Ou, no mínimo, pode-se dizer que o elástico emprego do instituto cuja constitucionalidade está em debate no Pretório Excelso mostrar-se-ia não-recomendado.

O próprio Ministro Celso de Mello, autor do voto paradigma, sempre invocado, tem posição firme em sentido contrário ao reconhecimento de que a reincidência, ou outros elementos de ordem subjetiva, como a reiteração delitiva, tem o condão de afastar a insignificância penal, conforme externado no julgamento do HC 106510, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/03/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 10-06-2011 PUBLIC 13-06-2011. Na ocasião, assinalou Sua Excelência:

Na realidade, **e considerados**, de um lado, **o princípio da intervenção penal mínima** do Estado (**que tem por destinatário** o próprio legislador) **e**, de outro, **o postulado da insignificância** (**que se dirige** ao magistrado, **enquanto** aplicador da lei penal ao caso concreto), **na precisa lição** do eminente Professor RENÉ ARIEL DOTTI (“**Curso de Direito Penal – Parte Geral**”, p. 68, item n. 51, 2ª ed., 2004, Forense), **cumpre reconhecer** que 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.

Lembre-se, finalmente, que a utilização da reincidência, ou dos antecedentes, para rechaçar a insignificância tem guarida em apenas um órgão fracionário do egrégio Supremo Tribunal Federal - a respeitável Primeira Turma.

Já a colenda Segunda Turma com tal entendimento não se coaduna, *verbis*:

Habeas corpus. 2. Ato infracional análogo ao crime de furto tentado. Bem de pequeno valor (R\$ 80,00). Mínimo grau de lesividade da conduta. 3. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade. Precedentes. 4.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Reincidência. Irrelevância de considerações de ordem subjetiva. 5. Ordem concedida.

(HC 112400, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/05/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG 07-08-2012 PUBLIC **08-08-2012**)

Habeas Corpus. 2. Furto. Bens de pequeno valor (R\$ 35,00). Mínimo grau de lesividade da conduta. 3. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade. Precedentes. **4. Reincidência. Irrelevância de considerações de ordem subjetiva.** 5. Ordem concedida.

(HC 109870, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/11/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-099 DIVULG 21-05-2012 PUBLIC **22-05-2012**)

Habeas Corpus. 2. Tentativa de furto. Bem de pequeno valor (R\$ 100,00). Mínimo grau de lesividade da conduta. 3. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade. Precedentes. **4. Reincidência. Irrelevância de considerações de ordem subjetiva.** 5. Ordem concedida.

(HC 108872, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 22-09-2011 PUBLIC **23-09-2011**)

AÇÃO PENAL. Justa causa. Inexistência. Delito de furto. Subtração de roda sobressalente com pneu de automóvel estimados em R\$ 160,00 (cento e sessenta reais). Res furtiva de valor insignificante. Crime de bagatela. Aplicação do princípio da insignificância. Irrelevância de considerações de ordem subjetiva. Atipicidade reconhecida. Absolvição. HC concedido para esse fim. Precedentes. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, é de ser afastada a condenação do agente, por atipicidade do comportamento.

(HC 93393, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 14/04/2009, DJe-089 DIVULG 14-05-2009 PUBLIC 15-05-2009 EMENT VOL-02360-02 PP-00366)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM E NÃO APLICADO PELA CONTUMÁCIA DO RÉU. ARTIGO 334, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. PRECEDENTES. 1. Não se admite Recurso Extraordinário em que a questão constitucional cuja ofensa se alega não tenha sido debatida no acórdão recorrido e nem tenha sido objeto de Embargos de Declaração no momento oportuno. 2. Recorrente condenado pela infração do artigo 334, caput, do Código Penal (descaminho). Princípio da insignificância reconhecido pelo Tribunal de origem, em razão da pouca expressão econômica do valor dos tributos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

iludidos, mas não aplicado ao caso em exame porque o réu, ora apelante, possuía registro de antecedentes criminais. 3. Habeas corpus de ofício. Para a incidência do princípio da insignificância só devem ser considerados aspectos objetivos da infração praticada. Reconhecer a existência de bagatela no fato praticado significa dizer que o fato não tem relevância para o Direito Penal. Circunstâncias de ordem subjetiva, como a existência de registro de antecedentes criminais, não podem obstar ao julgador a aplicação do instituto. 4. Concessão de habeas corpus, de ofício, para reconhecer a atipicidade do fato narrado na denúncia, cassar o decreto condenatório expedido pelo Tribunal Regional Federal e determinar o trancamento da ação penal existente contra o recorrente.

(RE 514531, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 21/10/2008, DJe-043 DIVULG 05-03-2009 PUBLIC 06-03-2009 EMENT VOL-02351-07 PP-01260)

Destaque-se que precedentes há, inclusive, de relatoria da preclara, hoje aposentada, Ministra ELLEN GRACIE:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ORDEM CONCEDIDA. 1. A questão de direito tratada neste writ, consoante a tese exposta pela impetrante na petição inicial, é a suposta atipicidade da conduta realizada pelo paciente com base no princípio da insignificância. 2. Considero, na linha do pensamento jurisprudencial mais atualizado que, não ocorrendo ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal, por ser mínima (ou nenhuma) a lesão, há de ser reconhecida a excludente de atipicidade representada pela aplicação do princípio da insignificância. O comportamento passa a ser considerado irrelevante sob a perspectiva do Direito Penal diante da ausência de ofensa ao bem jurídico protegido. 3. Como já analisou o Min. Celso de Mello, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 84.412/SP). 4. No presente caso, considero que tais vetores se fazem simultaneamente presentes. **Consoante o critério da tipicidade material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamentos reconhecidos como de bagatela, nos quais têm perfeita aplicação o princípio da insignificância. O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto.** 5. **Não há que se ponderar o aspecto subjetivo para a configuração do princípio da insignificância.** Precedentes. 6. Habeas Corpus concedido.

(HC 102080, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 05/10/2010, DJe-204 DIVULG 22-10-2010 PUBLIC 25-10-2010 EMENT VOL-02421-01 PP-00162 LEXSTF v. 32, n. 383, 2010, p. 396-403)

E, remarque-se que, mesmo no âmbito da colenda Primeira Turma, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento não é unânime, tendo a eminente Ministra ROSA WEBER restado vencida, com argumentos de refinada técnica penal, aduzindo:

A minha convicção é que o princípio da insignificância ou da bagatela, na verdade, atua na atipicidade, ou seja, se se faz presente, o crime é atípico. **E, aí, a minha dificuldade, com todo respeito - eu sei que é orientação da Turma -, é entender que aspectos vinculados à culpabilidade ou a própria vida pregressa ou a reincidência possam interferir e possam ser avaliados que não para o momento da dosimetria da pena, o momento da fixação da pena.** (voto vencido no HC 110926, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 20/03/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 24-04-2012 PUBLIC 25-04-2012).

Em outra ocasião, a Ministra ROSA WEBER, com toda propriedade, ressaltou seu ponto de vista, *verbis*:

Diversa a minha visão. **Se a insignificância afeta a chamada tipicidade material, vale dizer, implica atipicidade da conduta, antecedentes criminais não se mostram aptos a inibir a aplicação do princípio, uma vez pertinentes a categoria dogmática estranha à tipicidade. Assim, antecedentes criminais, por maior gravidade que ostentem, não ensejam a tipificação criminal de conduta que, pela insignificância da ofensa perpetrada ao bem jurídico protegido, não lhe tenha causado lesão de relevo.** Com a devida vênia, a vida pregressa do indivíduo não se mostra hábil a transformar em crime fato que, pelo dano insignificante causado ao bem jurídico objeto da tutela penal, materialmente não se subsume no tipo previsto em lei. (HC 112406, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 01-10-2012 PUBLIC 02-10-2012)

O mote dos votos proferidos pela nobre Ministra ROSA WEBER tem sido, reiteradamente, a necessidade de se reconduzir a análise da insignificância para o universo da tipicidade e, não, da culpabilidade, ou, agora, como no caso em tela, para a teoria da pena.

Assim, fiando-me:

a) na robusta compreensão doutrinária (nacional e estrangeira) de que não é possível desbordar dos elementos próprios da tipicidade para se estabelecer o exame da insignificância;

b) no significativo entendimento da Segunda Turma do Pretório Excelso; e,

c) na perspicaz posição da preclara Ministra ROSA WEBER, indicativa da divisão no âmbito da Primeira Turma do STF, é que resto vencida, firme no ideal que sempre pautou esta democrática Sexta Turma do Tribunal da Cidadania, *verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TENTATIVA DE FURTO DE UMA GALINHA, AVALIADA EM R\$ 30,00 (TRINTA REAIS). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. INEXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. PRECEDENTES DO STJ. EXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE, A ENSEJAR A CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. ORDEM NÃO CONHECIDA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido habeas corpus "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recursos ordinários, tampouco de recursos extraordinário e especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o writ, para substituir recurso ordinário constitucional, em Habeas corpus julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do habeas corpus, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c, e II, a, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de habeas corpus substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal - que não merece conhecimento -, seja concedido habeas corpus, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. A tentativa de subtrair uma galinha, avaliada em R\$ 30,00 (trinta reais), "embora se amolde à definição jurídica do crime de furto tentado, não ultrapassa o exame da tipicidade material, mostrando-se desproporcional a imposição de pena privativa de liberdade, uma vez que a ofensividade da conduta se mostrou mínima; não houve nenhuma periculosidade social da ação; a reprovabilidade do comportamento foi de grau reduzidíssimo e a lesão ao bem jurídico se revelou inexpressiva" (STJ, HC 78.837/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, 5ª Turma, DJe de 26/05/2008).

VI. Embora, no caso, o réu seja primário, vale destacar que "Não é empecilho à aplicação do princípio da insignificância a existência de condições pessoais desfavoráveis, tais como maus antecedentes, reincidência ou ações penais em curso, a teor de pronunciamentos das duas Turmas integrantes da Terceira Seção (HC n. 206.754/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 22/6/2011)" (STJ, AgRg no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HC 192.790/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 6ª Turma, DJe de 05/09/2012).

VII. Habeas corpus não conhecido.

VIII. Ordem concedida, de ofício, para, aplicando o princípio da insignificância, determinar o trancamento da Ação Penal 0020.238-98.2012.8.13.0287, movida contra o paciente, perante a Comarca de Guaxupé/MG, em face da atipicidade material da conduta.

(HC 243.958/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2012, REPDJe 06/11/2012, DJe 26/09/2012)

PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO. GARRAFAS DE CERVEJA. BENS RECUPERADOS. VALOR: R\$ 31,20. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECONHECIMENTO. REINCIDÊNCIA. IRRELEVÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Consoante entendimento jurisprudencial, o "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentaridade 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. (...) 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". (HC n.º 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004) 2. No caso, tentou-se subtrair de uma empresa distribuidora de bebidas um engradado contendo vinte e quatro garrafas de cerveja, tendo sido a res recuperada, sem prejuízo material para a vítima. Reconhece-se, então, o caráter bagatelar do comportamento imputado, não havendo falar em afetação do bem jurídico patrimônio.

3. Não é empecilho à aplicação do princípio da insignificância a existência de condições pessoais desfavoráveis, tais como maus antecedentes, reincidência ou ações penais em curso, a teor de pronunciamentos das duas Turmas integrantes da Terceira Seção.

4. Ordem concedida para, reconhecendo a atipicidade material, trancar a ação penal.

(HC 241.344/RS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2012, DJe 27/06/2012)

HABEAS CORPUS. FURTO. AUSÊNCIA DA TIPICIDADE MATERIAL. INEXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE.

1. A intervenção do Direito Penal apenas se justifica quando o bem jurídico tutelado tenha sido exposto a um dano com relevante lesividade. Inocorrência de tipicidade material, mas apenas a formal, quando a conduta não possui relevância jurídica, afastando-se, por consequência, a ingerência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da tutela penal, em face do postulado da intervenção mínima. É o chamado princípio da insignificância.

2. Reconhece-se a aplicação do referido princípio quando verificadas "(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada" (HC 84.412/SP, Ministro Celso de Mello, Supremo Tribunal Federal, DJ de 19/11/2004).

3. No caso, não há como deixar de reconhecer a mínima ofensividade do comportamento do paciente, que subtraiu 4 (quatro) frascos de creme para pele, avaliados em R\$ 24,63 (vinte e quatro reais e sessenta e três centavos), sendo de rigor o reconhecimento da atipicidade da conduta.

4. **Ressalte-se, ainda, que, segundo a jurisprudência consolidada nesta Corte e também no Supremo Tribunal Federal, a existência de condições pessoais desfavoráveis, tais como maus antecedentes, reincidência ou ações penais em curso, não impedem a aplicação do princípio da insignificância.**

5. Ordem concedida a fim de, aplicando o princípio da insignificância, restabelecer a decisão de primeiro grau que rejeitou a denúncia.

(HC 171.280/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 16/05/2012)

Ante o exposto, não conheço da ordem, mas expeço *habeas corpus* de ofício para trancar a ação penal em relação aos dois pacientes.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 225.991 - SP (2011/0281141-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Srs. Ministros, acompanhando o voto da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem **de ofício**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 225.991 - SP (2011/0281141-1)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Sr. Presidente, peço vênias à divergência, para acompanhar o eminente Relator, na forma da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e daquele voto paradigmático do Ministro Celso de Mello, que esclarece quatro vetores que devem ser utilizados para aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista que, no caso, um dos pacientes tem condenações por furto e roubo, ambos crimes patrimoniais, tanto que a sua pena diferiu, em muito, da aplicada ao outro paciente.

Acompanho o eminente Relator, porque, efetivamente, não se pode considerar como de mínima reprovabilidade a conduta de alguém que reitera nessa prática, após ser condenado por delitos patrimoniais.

Essa é, hoje, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Já proferi voto nesse sentido e acompanho o eminente Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0281141-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 225.991 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1522010 31847220108260564 990104233461

EM MESA

JULGADO: 26/11/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretário

Bel. **RONALDO FRANCHE AMORIM** (em substituição)

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: CAMILA PARONETTI SILVA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: PAULO HENRIQUE DE SOUZA (PRESO)
PACIENTE	: CESAR RODRIGUES CACHOEIRA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu o habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício exclusivamente em favor do paciente Cesar Rodrigues Cachoeira, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, que concediam a ordem em maior extensão.

Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.